This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

3 2044 103 233 102

SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 5, 1900.

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

Paris. — Imprimé par E. THUNOT et Ce, rue Racine, 26.

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Premier président à la Cour de cassation, Membre de l'Institut.

L. WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Docteur en droit, Juge au Tribunal de la Seine.

ANCIENS DIRECTEURS DE LA REVUE CRITIQUE ET DE LA REVUE DE LÉGISLATION;

FAUSTIN HÉLIE
Membre de l'Institut, Conseiller à la Cour de cassation.

NICIAS GAILLARD
Président de chambre à la Cour de cassation.

LAFERRIÈRE
Membre de l'Institut, Inspecteur général des Facultés de droit.

DE VALROGER
Professeur de l'histoire du droit à la Faculté de Paris.

COIN-DELISLE
Avocat à la Cour impériale de Paris.

AVEC LA COLLABORATION DE MM.

DELANGLE
Premier président de la Cour impériale de Paris.

DE ROYER
Ministre de la Justice.

ROULAND
Ministre de l'instruction publique.

DEMOLOMBE
Doyen de la Faculté de droit de Caen.

CH. GIRAUD
Membre de l'Institut et Professeur à la Faculté de droit de Paris.

E. LABOULAYE
Membre de l'Institut, Professeur au collége de France.

FL. MIMEREL
Avocat au Conseil d'État, à la Cour de cassation et du Ministère de l'Intérieur.

MOLINIER
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

ORTOLAN
Professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris.

KŒNIGSWARTER
Membre correspondant de l'Institut.

REVERCHON
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

BERGSON
Docteur en droit.

JOUSSELIN
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

TOME XI. — 7me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

Au coin de la rue Soufflot, 23.

1857

Rec. Mar. 5, 1908.

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

EXAMEN CRITIQUE

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. Paul Pont, docteur en droit, juge au Tribunal civil de la Seine.

SOMMAIRE.

1. De la publicité des subrogations dans l'hypothèque légale de la femme. — Indication de quelques arrêts récents qui statuent sur ce point.
2. L'un de ces arrêts juge en outre que la femme qui a perdu son droit de suite sur l'immeuble ne peut revendiquer son droit de préférence sur le prix. — Renvoi sur cette question, et transition à la question de publicité des subrogations.
3. Dans l'ordre logique des idées, la première difficulté qui s'élève touche à la forme de l'inscription.
4. Des bordereaux cumulatifs et des inscriptions collectives. — Arrêt de la Cour d'Orléans, du 20 février 1857, qui les valide.
5. Des mentions de subrogation. — Arrêt de la Cour de Paris, du 27 février 1857, présenté à tort comme conforme à l'arrêt de la Cour de cassation, du 4 février 1856.
6. Espèce de cet arrêt.
7. Il est contraire aux principes en ce qu'il fait résulter l'insuffisance de la mention de subrogation de ce qu'on n'y trouve pas l'énonciation relative à la nature des droits de la femme et au montant de leur valeur quant aux objets déterminés : — Arrêt de la Cour de Rouen, du 13 juin 1850 ;
8. ..... Et de ce qu'on n'y trouve pas non plus l'énonciation relative au domicile élu pour la femme.
9. Mais l'arrêt est exact, au fond, considéré comme arrêt d'*espèce*, en ce que la mention sur laquelle il a statué n'était pas assez précise pour qu'on y pût voir l'équivalent de l'inscription même de l'hypothèque légale.
10. Quoi qu'il en soit, les mentions de subrogation ont été abandonnées dans la pratique, et aux réquisitions de *mention* ont été substituées les réquisitions d'*inscription* de l'hypothèque légale.

11. De là une question nouvelle intéressant particulièrement les conservateurs des hypothèques, et touchant au rôle qui leur appartient lorsque le créancier requiert en même temps l'inscription de l'hypothèque légale et de l'hypothèque conventionnelle.
12. Suite; position de la question : — Le conservateur peut-il diviser le bordereau et formuler deux inscriptions distinctes? — Dissentiments dans la pratique.
13. Solution : que le bordereau ne doit pas être divisé lorsque le créancier requiert formellement que les deux hypothèques soient comprises dans une même inscription. Arrêt de la Cour d'Orléans, du 20 février 1857.
14. Et qu'il en est ainsi même quand le créancier, sans le requérir formellement, représente un bordereau collectif. Avis conforme de l'administration de l'enregistrement.
15. *Quid*, si en présentant un seul bordereau, le créancier requiert deux inscriptions séparées?
16. Transition aux radiations de l'inscription de l'hypothèque légale. — Le conservateur peut-il, en opérant la radiation sur la réquisition du créancier subrogé, réserver l'effet de l'hypothèque en faveur de la femme?
17. Espèce d'un arrêt de la Cour d'Amiens, du 31 mars 1857, qui se prononce pour l'affirmative.
18. Des tendances qui expliquent cette solution sans la justifier.
19. Examen critique des motifs de l'arrêt.
20. Principes d'après lesquels la question doit être résolue.
21. Suite et conclusion.

1. L'arrêt si notable du 4 février 1856, par lequel la Cour de cassation, abandonnant toutes les données de la pratique, a décidé que la simple mention de subrogation dans l'hypothèque légale de la femme accessoirement à l'inscription de l'hypothèque conventionnelle, ne saurait équivaloir à l'inscription de cette hypothèque et la remplacer, nous a fourni l'occasion de rechercher le mode à suivre, soit d'après le Code Napoléon, soit d'après la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, pour rendre publique la subrogation dans l'hypothèque légale de la femme [1].

Trois arrêts récents émanés l'un de la Cour d'Orléans, le 20 février 1857 [2]; le second, de la Cour de Paris, le 27 février 1857 [3]; le troisième, encore inédit, de la Cour d'Amiens, le 31 mars 1857, nous ramènent à ce sujet important, et nous permettent de préciser notre pensée sur quelques points, de la compléter sur d'autres, et d'y ajouter, notamment en qui concerne le rôle qui appartient au conservateur, soit lorsqu'il est

[1] V. *Revue crit.*, t. IX, p. 97 et suiv.
[2] Devilleneuve et Carette, 57, 2, 200.
[3] *Ibid.*, 57, 2, 283.

requis d'inscrire ou de mentionner les subrogations accessoires à une hypothèque conventionnelle, soit lorsque sur la quittance contenant mainlevée définitive, il délivre le certificat de radiation. Nous ne prendrons de ces arrêts que ce qui se rattache à cet ordre d'idées.

2. Ce n'est pas que sur des points d'un ordre différent, les solutions qu'ils consacrent ne soient au plus haut degré dignes de remarque. Par exemple, la Cour de Paris, entrée plus avant qu'aucune autre peut-être dans la doctrine qui, séparant le droit de préférence du droit de suite, admet le mineur ou la femme mariée, alors même que l'immeuble est purgé, à se présenter à l'ordre ouvert sur le prix et à y réclamer collocation tant que l'ordre n'est pas clos [1], la Cour de Paris se range, par son arrêt du 27 février 1857, qu'un autre arrêt semblable du 29 juin 1844 avait précédé, à la jurisprudence contraire consacrée par la Cour de cassation, et dit, avec cette Cour, que la femme qui a perdu son droit de suite sur l'immeuble ne peut revendiquer son droit de préférence sur le prix, puisque le prix n'est que la représentation de l'immeuble affranchi de l'hypothèque, et que le droit de collocation n'est que la continuation et la conséquence du droit de suite.

Nous pourrions, en combattant cette doctrine, que nous avons contestée déjà bien des fois [2], opposer à la Cour de Paris l'opinion du magistrat éminent qui la préside [3]. Nous pourrions opposer encore l'absence complète d'harmonie entre cette jurisprudence et celle qui paraît définitivement établie, non-seulement sur l'autorité des Cours impériales, mais encore sur celle de la Cour de cassation elle-même, par rapport à une autre question qui touche à notre matière et présente la plus parfaite analogie avec la question résolue ici par la Cour de Paris. En effet, la décision de cette Cour étant donnée pour le cas de purge de l'hypothèque légale par les formalités et suivant le mode indiqués par les articles 2193 et suiv. du Code Napoléon,

[1] V. notamment les arrêts de Paris, des 15 juillet 1829, 10 août 1831, 15 février 1832, 12 janvier 1834, 3 décembre 1836, 3 décembre 1838, 24 août 1840.

[2] V. *Revue de législation*, 1847, t. I, p. 41; *Revue critique*, t. II, p. 403, et notre *Traité-commentaire des privilèges et hypothèques*, n° 485, et art. 2195.

[3] V. le réquisitoire prononcé par M. Delangle, alors procureur général à la Cour de cassation, devant les chambres réunies, lors de l'arrêt du 3 février 1852 (Devill., 52, 1, 84).

il y aurait à en conclure que, dans le cas aussi où la femme concourt à l'aliénation d'un immeuble de son mari, et renonce ainsi, en faveur du tiers acquéreur, à l'hypothèque légale qu'elle a sur cet immeuble (ce qui n'est, après tout, qu'une manière particulière de purger l'immeuble vendu de l'hypothèque légale dont il était grevé), l'extinction de cette hypothèque à l'égard de l'acquéreur et de l'immeuble emporte extinction également à l'égard des créanciers et du prix. Or les tribunaux et la Cour de cassation elle-même en ont toujours décidé autrement; ils ont constamment admis que la renonciation dont il s'agit ici n'a d'autre effet que celui de libérer l'immeuble vis-à-vis de l'acquéreur en laissant subsister, tant que les choses sont entières (c'est-à-dire tant que le prix reste entre les mains de l'acquéreur, ou n'a pas été l'objet d'un transport ou d'une délégation régulièrement faits), le droit de préférence que la femme peut avoir vis-à-vis des créanciers [1].

Mais il n'entre point dans nos vues de traiter actuellement des effets de la purge; nous nous proposons de compléter nos précédentes observations touchant la publicité des subrogations dans l'hypothèque légale de la femme. Laissons donc, quant à présent, à l'écart toute question qui ne se rattache pas à notre sujet ainsi circonscrit.

3. Les trois arrêts précités statuent sur des points différents d'une hypothèse qui est la même : c'est celle où un créancier de deux époux mariés sous le régime de la communauté a obtenu, pour sûreté de la somme par lui prêtée, d'abord une hypothèque conventionnelle sur les biens immeubles du mari ou de la communauté, et en outre la garantie de la femme qui, en s'obligeant solidairement envers le créancier, lui a cédé les droits et reprises qu'elle peut avoir à exercer contre son mari, et l'a subrogé dans son hypothèque légale jusqu'à concurrence de la somme prêtée.

Dans l'ordre logique des idées, la première difficulté qui s'élève touche à la forme de l'inscription. Comment cette affectation hypothécaire consentie par le mari avec l'obligation solidaire de la femme et la subrogation accordée par celle-ci dans son hypothèque légale seront-elles rendues publiques? Ici se

[1] V. Req. 17 janvier 1817, 21 février 1849, 6 novembre 1855 (*J. Pal.*, 1850, 2, 66; Devill., 56, 1, 235). — V. aussi Amiens, 19 décembre 1846 et 16 février 1854; — Lyon, 15 mai 1847; — Caen, 17 mai 1838 et 26 avril 1852.

présentent la question des bordereaux cumulatifs et des inscriptions collectives et celle des mentions de subrogation. Ces questions, qui précisément font l'objet de nos précédentes observations [1], sont résolues d'une manière plus ou moins explicite par les arrêts que nous signalons ici à l'attention du lecteur. Nous y revenons, non pas pour les discuter à nouveau, mais seulement pour constater quelques résultats acquis.

4. Notre conviction très-intime, c'est qu'un créancier ayant plusieurs hypothèques résultant du même titre peut les rendre publiques dans un seul bordereau par une seule inscription. Nous tenons que ce mode de procéder par bordereaux cumulatifs ou inscriptions collectives, s'il n'est pas directement consacré par la loi, est du moins dans son esprit, et que des textes en assez grand nombre le supposent préétabli. Nous croyons fermement enfin que bien mieux et plus sûrement que les inscriptions divisées, les inscriptions collectives, en thèse générale, satisfont aux besoins de la publicité et sont suceptibles d'éclairer les tiers et de diriger leurs recherches dans les états qui leur sont délivrés. Sur ce point, M. Mourlon, dont nous avions combattu la doctrine, nous a pris à partie, et, revenant à sa théorie favorite, il a cherché à démontrer de plus fort qu'il n'y a dans nos lois rien qui ait trait de près ou de loin aux inscriptions collectives, à ce mélange d'hypothèques distinctes décrites cumulativement dans une inscription commune; spécialement que, lorsque l'inscription collective a pour objet, avec une hypothèque conventionnelle, l'hypothèque légale de la femme et la subrogation qui en a été faite, elle a un grave danger, en ce que l'hypothèque cédée, n'y étant décrite qu'au second plan, après toutes les clauses relatives à l'inscription des hypothèques conventionnelles, ne frappe point les yeux tout d'abord, n'attire point à elle l'attention des lecteurs, en sorte qu'il est à craindre que sous l'empire de l'idée que l'acte tout entier se rapporte à l'hypothèque décrite dans les premières lignes, ils ne s'arrêtent sans pousser leur lecture jusqu'au bout [2].

Nous l'avons dit, il ne s'agit plus pour nous de défendre ici un mode de procéder qui, d'ailleurs, est admis dans la pratique et accepté sans aucune difficulté par la jurisprudence : nous ne discuterons donc pas une réfutation dont, au surplus (et c'est

[1] *Revue critique*, t. IX, p. 116 et suiv.
[2] V. *Revue pratique*, t. II, p. 505 et suiv.

notre faute sans aucun doute), nous n'avons pas toujours saisi la pensée. Tout ce que nous voulons dire, c'est que notre conviction n'en est pas affaiblie. Il appartient au lecteur et non à nous de décider si nos raisonnements en sont affaiblis davantage; en attendant, nous reproduisons ces quelques mots de l'arrêt de la Cour d'Orléans, du 20 février 1857, qui les résume : « Considérant que le créancier réunissant en sa personne, pour garantie de sa créance unique, les droits d'hypothèque conventionnelle et d'hypothèque légale conférés par le même titre, *était incontestablement fondé à réclamer une seule inscription de sa créance,* si elle contenait, d'ailleurs, toutes les énonciations exigées par les articles 2148 et 2153 du Code Napoléon, lesquelles sont substantielles; que pour contester la validité d'une pareille inscription, *on ne saurait se fonder sur aucune loi, ni sur aucun inconvénient grave qui puisse en résulter; et* QU'IL N'EST POINT SÉRIEUX *de prétendre que l'attention des tiers ne serait pas éveillée sur une inscription d'hypothèque légale confondue dans un même contexte avec l'hypothèque spéciale....* »

Ceci dit sur les inscriptions collectives, nous passons aux mentions de subrogation.

5. Une chose nous avait paru certaine d'après les données générales de la pratique sanctionnée, d'ailleurs, par une jurisprudence dont deux ou trois arrêts à peine se sont écartés : c'est que lorsque l'inscription collective a pour objet une hypothèque conventionnelle consentie par le mari et la subrogation à l'hypothèque légale accordée accessoirement par la femme, le créancier subrogé conserve le rang et les effets de la subrogation par la *mention* qui en est faite à la suite du bordereau d'inscription de sa créance sur les registres du conservateur. A nos yeux la mention est, sous tous les rapports, l'équivalent de l'inscription; et le créancier qui requiert une simple mention de la subrogation, requiert par cela même l'inscription à son profit de l'hypothèque légale de la femme dans la mesure de sa propre créance.

Mais ici nous rencontrons la Cour de Paris, dont l'arrêt du 27 février 1857 est signalé par quelques auteurs comme se rattachant à la jurisprudence de la Cour de cassation, ou du moins à l'arrêt du 4 février 1856, par lequel cette Cour a décidé que la simple mention de subrogation dans l'hypothèque légale de

la femme ne saurait équivaloir à cette inscription et la remplacer.

Est-il vrai que cet arrêt ait une telle portée? La jurisprudence de la Cour de Paris ne permet pas de l'admettre *à priori*. Plus qu'aucune autre, en effet, cette Cour est liée, sur la question, par ses précédents mêmes. C'est d'elle qu'émanent les arrêts les plus décisifs sur l'autorité desquels on peut soutenir l'identité parfaite, au point de vue de la publicité, entre la simple mention de subrogation et l'inscription de l'hypothèque légale. C'est elle notamment qui a dit, non pas accidentellement et une fois par hasard, mais systématiquement et dans quatre arrêts successifs[1], « qu'aucune disposition des lois de la matière n'impose au créancier subrogé dans les droits de la femme, pour conserver l'effet de cette subrogation et ces droits eux-mêmes, *l'obligation de prendre une inscription au nom de la femme et dans une forme sacramentelle;* que la seule condition exigée par la loi est la publicité de l'hypothèque par son inscription sur les registres du conservateur, avec toutes les énonciations nécessaires pour éclairer les tiers sur la véritable situation hypothécaire de l'emprunteur, et que la *mention de la subrogation dans les droits de la femme donne pleine satisfaction à cette exigence de la loi;* que sans doute on peut n'y pas trouver l'énonciation, soit des titres constitutifs des créances, soit des sommes auxquelles elles s'élèvent, mais que les créances des femmes contre leur mari sont de leur nature indéterminées, quant aux titres comme quant à leur importance, et qu'elles sont du nombre de celles que la loi autorise à faire inscrire sans ces indications précises que la loi exige pour les créances ordinaires. »

En présence de ces précédents si nombreux et si positifs, il serait difficile de s'expliquer que la Cour de Paris se fût soudainement démentie, et que se soumettant docilement au premier arrêt de la Cour suprême (à un arrêt qui, nous persistons à l'espérer, ne contient pas le dernier mot de la jurisprudence), elle en fût venue tout à coup à dire qu'*en principe* l'inscription de l'hypothèque légale de la femme, nécessaire pour l'exercice de l'action hypothécaire, n'est pas valablement suppléée

[1] Paris, 24 août 1840, 25 janvier 1851, 30 juin 1853, 31 août 1854 (*J. Pal.*, 1840, 2, 68; 1854, 2, 218 et 519).

de la part des créanciers subrogés à cette hypothèque par la simple mention de cette subrogation, dans l'inscription d'une hypothèque conventionelle qui leur a été consentie en même temps que la subrogation!

Et, en effet, ce n'est pas ce qu'elle a jugé par l'arrêt précité du 27 février 1857. Il y a là un arrêt d'espèce seulement, non un arrêt de principe; un arrêt dont la décision, exacte en définitive eu égard aux circonstances, n'infirme en aucune manière les décisions précédentes auxquelles elle a été très-mal à propos opposée.

6. Voici, aussi succinctement que possible, l'espèce dans laquelle l'arrêt du 27 février 1857 est intervenu :

En 1834, deux époux mariés en communauté empruntèrent une somme de 6,000 francs, et pour garantie de cette somme, ils consentirent, en faveur du prêteur, hypothèque sur une maison qu'ils possédaient à Versailles, et en outre l'épouse déclara subroger le prêteur dans son hypothèque légale. Celui-ci fit inscrire l'hypothèque conventionnelle, avec mention, à la suite, de la subrogation dans l'hypothèque légale; toutefois cette inscription tomba en péremption faute de renouvellement, et ce fut seulement le 1er juillet 1854 que le prêteur prit une nouvelle inscription conventionnelle, laquelle se terminait par la mention suivante : « Les effets de l'inscription sont expressément maintenus et réservés, *notamment en ce qui concerne l'effet de la subrogation dans l'hypothèque légale de la femme contre son mari au profit de l'inscrivant.* »

Mais, dans l'intervalle, c'est-à-dire en 1836 et 1844, les débiteurs ayant eu d'autres besoins d'argent, souscrivirent de nouveaux emprunts s'élevant au total à 16,000 francs, avec hypothèque aussi sur la maison de Versailles et subrogation par la femme dans son hypothèque légale, hypothèque et subrogation que ce nouveau créancier eut soin de conserver par une inscription de l'hypothèque accompagnée d'une mention de subrogation.

Ultérieurement, la maison de Versailles a été vendue; un ordre a été ouvert pour la distribution du prix, et les deux créanciers s'y étant trouvés en présence, le premier a soutenu : 1° qu'étant subrogé comme le second créancier dans l'hypothèque légale de la femme, il devait, à raison de sa créance qui remontait à 1834, prendre le pas sur le second créancier

dont la créance datait de 1836 seulement; 2° que la mention de subrogation par lui faite dans son inscription d'hypothèque conventionnelle équivalait à une inscription de l'hypothèque légale; 3° qu'enfin si cette mention était considérée comme insuffisante, il avait le droit de s'emparer de la mention de subrogation faite dans l'inscription du second créancier, qui était plus complète que la sienne, et que cette mention suffisait pour conserver le droit de tous les subrogés dans l'hypothèque légale.

Tels étaient l'état des choses et les prétentions sur lesquels l'arrêt du 27 février 1857 a statué; il a décidé « qu'à défaut d'inscription du chef de la femme, P.... (créancier premier en date) ne saurait exciper de la mention contenue dans l'inscription du 1er juillet 1854, comme ayant pu y suppléer; que cette mention, par ce qu'il y a en elle de vague et d'incomplet, ne satisfait en aucune manière au vœu de la loi; — que loin qu'on y voie la volonté effective de requérir l'inscription, cette mention ne contient, sur ce point, que de simples réserves; — que cette mention ne contient, en outre, aucune des énonciations prescrites par l'article 2153 du Code Napoléon, et ayant trait soit au domicile élu de la femme, soit à la nature de ses droits et au montant de leur valeur, quant aux objets déterminés; — qu'en cet état, une mention ainsi faite n'a pu avoir pour effet de conserver, au profit de P...., les droits de subrogation à l'hypothèque légale qu'il prétend exercer aujourd'hui; — et qu'il ne saurait non plus se prévaloir du droit qui appartiendrait à C... (créancier second en date), comme ayant été subrogé aux droits de la femme....; que la subrogation à l'hypothèque légale consentie au profit de ce dernier, et dont il réclamait les effets, soit en vertu d'une inscription distincte, soit en vertu d'une mention complète et régulière, aurait eu pour résultat, non de le rendre l'ayant cause de la femme, mais de créer en lui un droit propre et personnel, qu'il exerce dans son intérêt, et dont aucun des autres créanciers ne saurait ni se prévaloir ni profiter. »

Nous ne disons pas assurément que tout soit exact dans les motifs de cet arrêt; bien des points, au contraire, en sont essentiellement contestables.

7. Ainsi, quand la Cour fait résulter la nullité ou l'insuffisance de la mention de subrogation comme suppléant à l'inscription même de l'hypothèque légale de ce qu'on ne trouve, dans cette mention, aucune énonciation ayant trait à la nature

des droits de la femme et au montant de leur valeur quant aux objets déterminés, elle se méprend assurément; et à nos yeux elle était bien mieux dans la vérité des faits et des principes, lorsque, dans ses arrêts antérieurs que nous rappelions tout à l'heure, elle disait que « les créances des femmes contre leur mari sont de leur nature indéterminées, quant aux titres comme quant à leur importance, et qu'elles sont du nombre de celles que la loi autorise à faire inscrire sans ces indications précises que la loi exige pour les créances ordinaires. » C'est un point que nous avons essayé d'établir dans notre précédente dissertation [1] : nous y avons insisté assez pour qu'il soit inutile d'y revenir ici. Et il n'y a pas à équivoquer sur les termes des arrêts, les uns parlant de la nature et de la valeur des reprises *indéterminées*, l'autre parlant de la valeur des reprises quant aux objets *déterminés*. Nous avons montré que dans la pensée des rédacteurs du Code, manifestée par la discussion dont la loi a été précédée, l'hypothèque légale de la femme est essentiellement *indéterminée;* que tant que dure le mariage ou plutôt l'administration du mari, *la femme est dans l'impossibilité de connaître ses reprises, même ses reprises déterminées; et qu'il faudrait un procès pour les fixer* [2]. Il ne faut donc pas invalider l'inscription de l'hypothèque légale, ni par conséquent la mention de la subrogation, sous prétexte qu'on n'y trouve pas l'énonciation relative au montant des reprises même quant aux objets déterminés. C'est un point que la Cour de Rouen nous semble avoir saisi à merveille dans un arrêt du 13 juin 1850, peu connu, sans doute parce qu'il n'a été reproduit que par un seul Recueil [3], et que par ce motif il est intéressant de placer sous les yeux du lecteur. Dans l'espèce, le bordereau d'inscription énonçait « que l'inscription était prise pour sûreté et conservation des droits et reprises de la femme, soit pour apports faits au mariage [4] ou successions recueillies, aliénation d'immeubles ou tout autre donnant lieu à l'hypothèque de la femme sur les biens de son mari, et résultant soit de leur contrat de mariage, soit de tout autre titre, *le tout actuellement indéterminé.* » La nullité de l'inscription était demandée, en ce qu'elle aurait dû, aux termes de l'article 2153, être

[1] V. *Revue crit.*, t. IX, p. 146 et suiv.
[2] *Ibid.*, loc. cit.
[3] Rouen, 13 juin 1850 (Dalloz, 50, 2, 120).
[4] Ces apports étaient déterminés dans le contrat.

prise pour une valeur déterminée, les apports ayant été déterminés par le contrat de mariage; mais la demande fut écartée par la Cour de Rouen, « attendu que l'inscription prise au nom de la femme sur les immeubles de son mari satisfait aux prescriptions de l'article 2153 du Code Napoléon; qu'en effet, on y a suffisamment déterminé les droits qui pouvaient lui appartenir, en désignant le contrat de mariage d'où ils dérivaient; que le créancier qui critique cette inscription avait connu, par son titre de créance, le montant de la valeur des reprises de la femme, *reprises qui n'ont pu, d'ailleurs, être déterminées d'une manière certaine que par la liquidation qui n'a eu lieu que depuis cette inscription.* »

8. Ainsi encore, quand la Cour fait résulter la nullité ou l'insuffisance de la mention de subrogation comme suppléant à l'inscription même de l'hypothèque légale de ce qu'on ne trouve pas l'énonciation relative au domicile élu de la femme prescrite par l'article 2153 du Code Napoléon, elle se méprend également. Nous avons établi, dans nos observations sur l'arrêt du 4 février 1856, que le créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme devient lui-même créancier du chef de celle-ci dans la mesure de la créance à la sûreté de laquelle elle affecte la garantie de son hypothèque légale, en sorte que lorsqu'il fait élection de domicile *pour lui*, sans s'occuper, en outre, d'une élection de domicile pour la femme, il satisfait pleinement à l'obligation que la loi impose en prescrivant qu'un domicile sera élu *par le créancier* ou *pour lui*. Et, par une remarquable contrariété de vues, l'arrêt de la Cour de Paris, en même temps qu'il rejette cette doctrine, vient ajouter aux arguments les plus propres à la défendre et à la consolider. Que dit-il, en effet? « Que la subrogation a pour résultat, non de rendre le créancier subrogé l'ayant cause de la femme, *mais de créer en lui un droit propre et personnel, qu'il exerce dans son intérêt, et dont aucun des autres créanciers ne saurait se prévaloir ni profiter.* » C'est là, sans doute, une vérité évidente et palpable, et nous aurons tout à l'heure à en tirer avantage quand nous apprécierons l'arrêt inédit de la Cour d'Amiens, du 31 mars 1857 (V. *infrà*, n° 18). Mais pourtant, rapprochez de cette proposition le reproche que l'arrêt fait à la mention de subrogation pour la prétendue lacune relative au domicile élu pour la femme: est-ce qu'il n'en ressort pas une absence complète d'harmonie

et même une flagrante contradiction? C'est évident; car dès que la subrogation n'a pas pour résultat de rendre le créancier ayant cause de la femme, on ne voit plus comment ce créancier pourrait être tenu, en donnant la publicité à sa subrogation, à élire domicile pour la femme. Et dès que la subrogation confère au créancier un droit propre et personnel dont nul autre que lui ne peut se prévaloir et profiter, on ne comprend pas non plus comment il pourrait être tenu, lorsqu'il s'inscrit, à autre chose qu'à élire domicile pour lui et comment une élection de domicile qui fait connaître aux tiers le lieu où le créancier entend recevoir toutes significations relatives à son inscription, ne satisferait pas pleinement au vœu de la loi!

9. Mais si la mention de subrogation, dans l'espèce, échappait à tout reproche en ce qui concerne les énonciations relatives soit au domicile élu pour la femme, soit à la nature de ses droits et au montant de leur valeur, elle n'en était pas moins insuffisante et inefficace par un autre côté. Remarquons, en effet, les termes de la mention dont le créancier prétendait tirer avantage. « Les effets de l'inscription, y était-il dit, sont expressément maintenus et réservés, notamment en ce qui concerne l'effet de la subrogation dans l'hypothèque légale de la femme contre son mari au profit de l'inscrivant. » Il est clair que de telles énonciations ne présentaient pas un sens assez précis pour qu'on y pût voir un équivalent de l'inscription de l'hypothèque légale. Disons même qu'il était difficile, sinon impossible, de saisir quelle avait été au juste la pensée du créancier.

Avait-il entendu rappeler, dans son inscription nouvelle, cette première inscription qu'il avait laissée se périmer? et les termes de la mention telle qu'il l'avait requise, avaient-ils eu pour objet de maintenir et réserver l'effet de cette inscription périmée eu égard à la subrogation dans l'hypothèque légale? On pourrait le croire si l'on tenait compte de certaines habitudes défectueuses et à l'usage de quelques praticiens inexpérimentés qui croient pouvoir prendre en renouvellement une inscription requise après péremption d'une inscription antérieure. Mais ainsi entendue, la mention était de nulle valeur : la réserve d'une inscription périmée est nulle évidemment et doit être tenue pour non avenue.

Au lieu de cela, le créancier avait-il entendu appliquer sa

réserve à l'inscription nouvelle? Les termes de la mention étaient insuffisants encore dans cette hypothèse; car ils signifiaient que dans la pensée du créancier l'inscription de son hypothèque conventionnelle suffisait à elle seule pour conserver l'hypothèque légale. Le créancier, en effet, n'avait pas demandé au conservateur de porter sur ses registres soit l'*inscription* de l'hypothèque légale, soit, ce qui est équivalent à nos yeux, la *mention* de sa subrogation; il avait simplement réservé l'effet de l'inscription d'hypothèque conventionnelle pour l'appliquer à l'hypothèque légale. Or il est incontestable que l'inscription de l'hypothèque conventionnelle *seule* ne peut valoir comme inscription de l'hypothèque légale. C'est précisément ce qui a été décidé par la Cour de cassation dans cet arrêt du 15 décembre 1829, dont on a parfois méconnu la portée, et que nous avons ramené à ses termes précis dans notre précédente dissertation [1].

Ainsi, sous aucun rapport, les énonciations de la mention, dans l'espèce sur laquelle a statué la Cour de Paris le 27 février 1857, ne pouvaient produire l'effet que le créancier voulait leur attribuer; et dans l'état des faits, la Cour a eu parfaitement raison de dire que « la mention, par ce qu'il y avait en elle de vague et d'incomplet, ne satisfaisait en aucune manière au vœu de la loi. » Mais, nous le répétons, c'est là un arrêt d'espèce, un arrêt qui s'explique par les circonstances; duquel par conséquent il n'est pas permis de conclure que la Cour de Paris, mettant en oubli tous ses précédents, s'est soudainement déjugée, et qu'après avoir, dans une longue suite d'arrêts, traité la mention de subrogation à l'égal de l'inscription même de l'hypothèque légale, elle s'est inclinée devant une seule décision en sens contraire, une décision qui a eu son jour et n'aura peut-être pas son lendemain, pour destituer ces mentions de l'effet juridique que la pratique et la jurisprudence dominante leur avaient attribué.

10. Quoi qu'il en soit de cet arrêt de la Cour de Paris par rapport à la validité, *en principe* des mentions de subrogation, nous devons reconnaître que ces mentions ont reçu de l'arrêt du 4 février 1856 une atteinte profonde. On peut dire même qu'en présence de cet arrêt, cette forme a été complétement

[1] *Revue crit.*, t. IX, p. 116.

abandonnée dans la pratique, où l'on requiert non plus *une mention de subrogation*, mais l'*inscription même* de l'hypothèque légale. Il a été prétendu que c'est là une conséquence de la loi du 23 mars 1855, qui, en disant que le cessionnaire de l'hypothèque légale n'est saisi à l'égard des tiers que par *l'inscription prise à son profit ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante* (art. 9), n'aurait admis comme valables d'autres mentions que celles qui seraient faites *en marge de l'inscription de la femme*. Nous ne sommes pas de cet avis; à nos yeux, la loi nouvelle n'exclut pas plus que ne l'avait fait le Code Napoléon les *mentions* portées sur les registres des conservateurs même à la date courante; nous avons essayé de le démontrer dans notre précédente dissertation [1]. Néanmoins, quelle que soit la cause du changement, les réquisitions *d'inscription* sont substituées aujourd'hui aux réquisitions *de mentions de subrogation*.

11. De là quelques difficultés nouvelles; elles intéressent particulièrement les conservateurs des hypothèques, et engagent la question de savoir quel rôle il leur appartient de prendre en présence d'un créancier qui, ayant obtenu pour sûreté de sa créance une hypothèque conventionnelle et la subrogation dans l'hypothèque légale de la femme, leur représente un bordereau à l'effet de donner à son droit la publicité des registres hypothécaires. Comment l'inscription devra-t-elle être opérée par le conservateur dans ce cas?

Il n'y avait pas la moindre incertitude sur ce point dans l'ancien état des choses. En interrogeant les usages reçus, nous voyons bien qu'il y a eu plus ou moins d'hésitation relativement à l'inscription d'hypothèques conventionnelles multiples résultant d'un titre commun; mais nous n'en voyons aucune relativement à l'inscription d'une hypothèque conventionnelle suivie d'une mention de subrogation.

Précisons ces points de pratique auxquels l'état actuel des choses donne un nouvel intérêt.

Pour les hypothèques conventionnelles multiples résultant d'un même titre, il avait été admis à l'origine qu'il était du devoir du conservateur de diviser les inscriptions. Le ministre des finances était même allé jusqu'à émettre l'avis, par deux

[1] *Revue crit.*, t. IX, p. 136.

décisions successives, qu'il y avait lieu, dans ce cas, d'exiger autant de bordereaux et de formuler autant d'inscriptions qu'il y avait de créanciers non solidaires, alors même que la créance résultait d'un titre commun [1]. Ce fut la Cour de cassation qui, en maintenant une solution émanée de la Cour de Besançon, réprima de telles exigences par son arrêt du 17 décembre 1845, duquel il résulte qu'il suffit d'un seul bordereau rédigé en double minute pour obtenir une inscription hypothécaire, quel que soit d'ailleurs le nombre des créanciers, et quoiqu'ils aient chacun une créance distincte, lorsque d'ailleurs ils figurent tous dans le même acte, et que le débiteur leur a constitué une hypothèque communs sur le même immeuble [2]. En présence de cet arrêt, les prétentions mises en avant par l'administration furent abandonnées *en ce qui concerne les bordereaux* [3]; seulement quelques opinions se produisirent qui, dans une certaine mesure, firent prévaloir l'idée que le conservateur devait diviser les bordereaux cumulatifs à lui représentés, et formuler des inscriptions distinctes [4].

Par rapport aux *mentions de subrogation* requises par le créancier accessoirement à son hypothèque conventionnelle, les choses allaient autrement. L'usage constant, à cet égard, était non-seulement d'accepter un seul bordereau en double minute, mais encore de formuler une seule inscription, lorsque la mention de subrogation était requise dans un bordereau comprenant à la fois et les énonciations relatives à l'hypothèque conventionnelle du créancier, et les énonciations relatives à l'hypothèque légale dans laquelle ce créancier était subrogé jusqu'à concurrence du montant de sa créance [5].

12. Maintenant que les mentions de subrogation paraissent abandonnées, maintenant qu'au lieu de requérir la *mention* de subrogation dans l'hypothèque légale de la femme, on a cru, à

[1] Décision des 16 floréal an VII et 6 décembre 1822. — V. Circ. n° 1571, *J. de l'enreg.*, n° 7360.

[2] V. Besançon, 5 mai 1840; Rej. 17 décembre 1845 (Devill., 40, 2, 453; 46, 1, 185).

[3] *J. des conserv.*, art. 122.

[4] M. Baudot, *Des form. hyp.*, n°s 235 et suiv. — *J. des conserv.*, art. 6, 122, 690.

[5] V. *Dict. du not.*, 2e édit. (1825), v° *Inscript. hyp.*, 3e édit., formule n° xi. — V. aussi le *Manuel du not.* de MM. Éd. Clerc et A. Dalloz, part. I, p. 67.

tort ou à raison, devoir requérir, au profit du créancier subrogé, *l'inscription* même de cette hypothèque, que doit-il advenir de ce dernier usage? Doit-il se maintenir, et dans le cas même où le créancier requiert par un même bordereau inscription d'une hypothèque conventionnelle qui lui a été consentie par le mari et inscription de l'hypothèque légale dans laquelle il a été subrogé par la femme, le conservateur doit-il ne prendre qu'une seule inscription? Telle est la question.

Tout d'abord, les conservateurs des hypothèques ont paru trouver dans ce nouveau mode de réquisition, une raison de considérer comme désormais sans objet l'usage existant en faveur des mentions de subrogation; et assimilant la situation au cas où il s'agirait de bordereaux collectifs ayant pour objet plusieurs hypothèques conventionnelles, ils ont pris pour base l'arrêt du 17 décembre 1845, en ce sens qu'ils ont accepté un bordereau collectif; mais ils ont pensé qu'il était dans leur droit, et même dans leur devoir, de diviser le bordereau en le reproduisant sur leurs registres et de formuler deux inscriptions, puisque le bordereau indiquait deux hypothèques distinctes. Plus tard, et sur les très-justes critiques dont ce mode de procéder a été l'objet, les conservateurs se sont divisés : ceux-ci, modifiant leur première impression, ont consenti à prendre le bordereau dans son entier et à en mentionner le contenu sur leurs registres sous un seul numéro; ceux-là ont persisté dans leur résolution première; d'autres enfin sont allés jusqu'à formuler deux inscriptions distinctes même dans le cas où le créancier requérait expressément par son bordereau que l'hypothèque conventionnelle et la subrogation fussent comprises dans une seule inscription. C'est contre cette dernière exagération qu'a été rendu l'arrêt de la Cour d'Orléans du 20 février 1857, que nous avons apprécié déjà sur un autre point.

13. Dans l'espèce, D.... avait obtenu, pour sûreté d'une somme de 2,000 francs, une hypothèque conventionnelle sur les biens des époux P. G..., ses débiteurs solidaires, et la cession par la femme P. G... des droits résultant de son hypothèque légale. Le 18 octobre 1856, sommation fut faite au conservateur *d'avoir à faire l'inscription sous un seul numéro, en transcrivant littéralement le bordereau cumulatif représenté.* Des offres réelles furent faites en même temps pour le salaire de

l'inscription unique à réaliser et pour le décompte des autres droits. Le conservateur répondit « qu'il ne refusait ni le bordereau ni les offres faites; mais qu'au lieu de ne faire qu'une inscription, il pensait qu'il ne pouvait se dispenser d'en formuler deux. » Le conservateur, assigné devant le tribunal d'Orléans par suite de son refus, y a prétendu que s'il s'était déclaré disposé à inscrire sur la présentation *d'un seul* bordereau, sauf à diviser l'inscription, c'est par tolérance et pour éviter une difficulté; mais que la difficulté étant soulevée, il importait de la poser dans les termes mêmes où elle paraissait résulter de la loi. En conséquence, il a déclaré que s'agissant d'un double droit d'hypothèque, l'une conventionnelle, l'autre légale, comportant une forme d'inscription déterminée tout spécialement pour la première par l'art. 2148 et pour la seconde par l'art. 2153, il croyait ne pouvoir être contraint à obtempérer à la réquisition à lui faite par D...., qu'autant que celui-ci représenterait *deux bordereaux*, chacun en double original, conformément aux articles précités, lesquels exigent un bordereau en double original pour l'inscription de chaque hypothèque ayant une origine distincte et un caractère différent.

Sur ce est intervenu un jugement du tribunal civil d'Orléans, confirmé par l'arrêt rendu sur l'appel, le 20 février 1857, lequel « considérant qu'aux termes de l'art. 2199 du Code Napoléon, les conservateurs ne peuvent en aucun cas refuser ou retarder l'inscription des droits hypothécaires, parce qu'ils ne sont pas juges de la validité du bordereau, » a ordonné que le conservateur serait tenu de faire sur les registres, au profit de D..., une seule inscription de ses droits hypothécaires contre les époux P. G..., conformément au bordereau produit par D... et sans y rien changer [1].

La décision est d'une exactitude parfaite. Il y avait là un créancier requérant par un seul bordereau la relation sur le registre de deux hypothèques distinctes et séparées résultant du même titre; le conservateur pouvait transcrire le bordereau sans rien changer au texte : le créancier était incontestablement fondé, l'art. 2148 du Code Napoléon permettant de porter le bordereau sur le titre. En outre, ce créancier, par une mani-

[1] Orléans, 20 février 1857 (Devill., 57, 2, 200). — Conf. trib. de Lyon, 13 juin 1856 (*J. des conserv.*, art. 1158).

festation expresse de sa volonté, requérait, par son bordereau, que les droits d'hypothèque conventionnelle et d'hypothèque légale résultant en sa faveur de son titre et ayant pour objet la même créance, fussent compris sous un seul et même numéro du registre; la mission du conservateur était par là même indiquée: il avait uniquement à faire mention sur son registre du contenu au bordereau, et à remettre au requérant celui des bordereaux au pied duquel il aurait certifié avoir fait l'inscription (art. 2150). Au lieu de cela, le conservateur, comme s'il était juge de la validité des inscriptions, avait décomposé le bordereau pour en extraire les éléments de deux inscriptions, quand une seule était requise; il s'était substitué par là au créancier, en sorte que l'inscription était son œuvre personnelle, quand elle ne peut et ne doit être que celle de ce créancier; il était en un mot sorti de ses obligations et de ses devoirs, en ce qu'il avait pris un rôle actif, quand en matière d'inscription le rôle qu'il a à remplir est purement passif.

Dans cette situation où le créancier lui-même avait pris soin de lever tous les doutes en requérant formellement inscription sous un seul numéro, la Cour d'Orléans a jugé avec une exactitude parfaite que le conservateur n'était pas autorisé à diviser le bordereau pour formuler deux inscriptions.

14. Mais il faut aller plus loin. Supposons que le bordereau ne contienne pas des expressions formelles; que le créancier demande, par son bordereau, l'inscription de son hypothèque conventionnelle et de son hypothèque légale sans requérir en termes exprès qu'il ne soit pris qu'une seule inscription. Serait-il vrai que, dans ce cas, le conservateur aurait le droit de diviser et de faire deux inscriptions distinctes?

Nous ne le pensons pas. Le créancier a représenté un bordereau collectif; par là il a suffisamment indiqué qu'il ne devait être pris qu'une seule inscription pour les deux hypothèques. Et, en effet, la forme du bordereau, son texte même protestent contre l'idée que le conservateur en puisse faire la division dans le sens absolu du mot; il ne peut que le reproduire, sinon textuellement, au moins dans son économie même et dans sa substance.

C'est le vœu de la loi exprimé par l'article 2150 du Code Napoléon qui, en prescrivant de faire mention au registre *du contenu aux bordereaux*, ne fait aucune distinction entre les bordereaux collectifs et les bordereaux simples.

C'est aussi l'intérêt du conservateur lui-même, dont la responsabilité serait bien autrement menacée si la division des bordereaux collectifs était une nécessité de sa charge. Car, outre les chances si nombreuses d'erreur dans la formule de chacune des inscriptions divisées, ne serait-il pas incessamment exposé aux plus graves méprises pour reconnaître, sinon dans notre hypothèse actuelle, au moins dans tant d'autres qui peuvent se présenter, comment la division doit être opérée, quand il y a ou non solidarité, quand les titres sont communs ou différents, quand il faut diviser les inscriptions contre le débiteur et la caution, contre les tiers acquéreurs et les débiteurs primitifs, contre les héritiers, les légataires, etc.? Heureusement la loi n'a pas imposé de tels soins aux conservateurs; elle leur a tracé une ligne de conduite toujours facile à suivre; elle a exigé d'eux tout bonnement la reproduction fidèle du contenu au bordereau. Là est leur règle, et qu'il s'agisse de bordereaux collectifs ou de bordereaux simples, il y va de leur intérêt à ne pas s'en écarter.

De tout cela nous concluons que le conservateur ne doit et ne peut pas diviser les bordereaux; et à l'appui de cette conclusion que notre propre réflexion nous avait suggérée, nous avions jusqu'ici l'autorité des praticiens et aussi celle des jurisconsultes qui se sont occupés de la question [1]. Nous avons quelque chose de plus aujourd'hui : c'est l'avis de l'administration de l'enregistrement. Consultée sur la question à l'occasion d'un jugement qui l'avait résolue dans le même sens que l'arrêt de la Cour d'Orléans [2], cette administration s'est exprimée en ces termes : «... On ne voit pas que les conservateurs puissent se croire autorisés à faire d'office deux inscriptions sur le dépôt d'un seul bordereau pour le cas où, dans une même inscription, on les requiert, à la suite de l'hypothèque conventionnelle, d'inscrire l'hypothèque légale à laquelle le créancier inscrivant est subrogé... De quoi s'agit-il? D'un contrat où le mari et la femme s'obligent envers le créancier, et où la femme, pour garantir le payement de cette dette, subroge le créancier dans son hypothèque légale. Il est clair que c'est la même convention, un ensemble dont la première partie n'aurait pas lieu sans la

[1] Notamment M. Troplong (*De la transcript.*, n° 393).
[2] C'est le jugement déjà cité du tribunal civil de Lyon, du 13 juin 1856.

seconde qui ne doit pas être séparée. La subrogation à l'hypothèque légale complète l'hypothèque conventionnelle, qui, seule, ne contente pas le créancier. Un droit hypothécaire ainsi formé en une fois, par un seul contrat, ne semble pas nécessiter les formalités de deux inscriptions. Doit-il en être ainsi sous l'empire de la loi du 23 mars 1855, et en présence des dispositions de l'article 9 de cette loi? Quelle que soit l'opinion des commentateurs, il semble que cette loi n'intéresse que les particuliers qui ont à remplir des formalités hypothécaires. Quant aux conservateurs des hypothèques, ils doivent obtempérer aux réquisitions qui leur sont faites toutes les fois que les formalités requises ne sont pas demandées dans une forme ou dans un sens contraire aux règles générales établies par la loi pour leur accomplissement. Ils ne sont pas juges, en effet, des parties intéressées à la validité de ces actes, et dès lors leur responsabilité ne paraît pas pouvoir être sérieusement engagée [1]. »

15. Faisons encore un pas de plus, et supposons, en sens inverse, que le créancier, en représentant un seul bordereau, requière le conservateur de le diviser pour formuler deux inscriptions distinctes : le conservateur sera-t-il obligé, dans ce cas, d'obtempérer à la réquisition?

Nous avons touché la question dans notre précédente dissertation, et nous l'avons résolue en des termes dont nous craignons de n'avoir pas suffisamment précisé la pensée. « Ce que le conservateur ne peut pas faire lui-même, avons-nous dit, le créancier requérant l'inscription le pourrait faire assurément. Ainsi, il peut incontestablement, en représentant un bordereau collectif, requérir que le conservateur fasse distinctement l'inscription de l'hypothèque conventionnelle et l'inscription de l'hypothèque légale en tant que cette hypothèque profite à l'inscrivant. C'est même cette forme qu'adoptent aujourd'hui plusieurs Chambres de notaires, et notamment celles de Paris, de Lyon, de Strasbourg [2], et les délégués des notaires, après avoir appuyé les mentions requises accessoirement à l'hypothèque conventionnelle [3]. » Mais on traduirait mal notre pensée en sup-

[1] Lettre du 21 juin 1856 au directeur des domaines, à Lyon.

[2] Ceci ne veut pas dire que dans notre pensée cette nouvelle forme suivie par les Chambres de notaires implique réquisition au conservateur de diviser les inscriptions : c'est le contraire qui a lieu en général.

[3] *Revue crit.*, t. IX, p. 144.

posant que par là nous avons entendu dire qu'en présence d'une telle réquisition le conservateur serait tenu, *dans tous les cas*, de diviser le bordereau et de formuler deux inscriptions séparées *sous deux numéros différents*. Nous pensons qu'ici encore le conservateur doit chercher la marche à suivre dans la forme et dans les énonciations du bordereau, et la question, dès lors, se résout par une distinction qu'il faut préciser.

Si le conservateur peut formuler les deux inscriptions requises sans rien changer aux termes du bordereau, il devra obtempérer à la réquisition et prendre deux inscriptions séparées : tel sera le cas où le créancier fait séparément pour chaque hypothèque, dans l'unique bordereau par lui représenté, toutes les énonciations relatives à chacune des deux, sans se référer de l'une à l'autre; en d'autres termes, tel sera le cas où le créancier aura décrit dans un seul bordereau les deux hypothèques de la même manière qu'il les aurait décrites dans deux bordereaux indépendants l'un de l'autre. Le conservateur trouve alors dans le bordereau collectif les deux inscriptions préparées comme il les trouverait dans deux bordereaux séparés; il doit donc obéir à la réquisition et formuler deux inscriptions distinctes sous deux numéros différents : c'est ainsi seulement qu'il remplira le rôle passif dans lequel il est tenu de se renfermer.

Mais si le bordereau collectif est conçu de telle manière qu'il soit besoin, pour compléter les énonciations relatives à l'une des deux hypothèques, de recourir aux énonciations faites pour l'autre, par exemple si l'hypothèque légale venant après l'hypothèque conventionnelle, il est dit que l'inscription en est requise, au profit *du créancier dénommé ci-dessus....*, pour sûreté *de la somme susénoncée....*, en vertu de l'acte *ci-dessus relaté* contenant subrogation...., etc.; si le conservateur, en un mot, est obligé de sortir de son rôle passif, de son rôle de simple abréviateur pour compléter les inscriptions dont la seconde n'est complète, dans le bordereau, que *par relation* à la première, le conservateur ne sera pas lié par la réquisition à lui faite de formuler deux inscriptions séparées : il sera pleinement dans son droit et dans son rôle, en formulant les deux inscriptions *sous un même numéro*.

Ainsi se complètent, sur la question proposée, nos précédentes observations, dans lesquelles nous avions eu en vue seulement cette dernière hypothèse.

16. Nous arrivons à la solution consacrée par l'arrêt encore inédit de la Cour d'Amiens, du 31 mars 1857, dont il nous reste maintenant à parler.

La question de principe qui se posait devant la Cour est celle de savoir si l'inscription prise par le créancier, auquel une femme mariée sous le régime de la communauté a cédé la créance qu'elle a contre son mari, avec subrogation dans son hypothèque légale, profite à ce créancier seul, ou si elle profite aussi à la femme; en d'autres termes, si le créancier qui requiert inscription jusqu'à concurrence du montant de sa subrogation inscrit un droit qui lui soit personnel, ou bien s'il agit comme ayant cause de la femme, de telle sorte qu'il ne bénéficie de l'inscription que parce qu'il a inscrit, non pas à son profit, mais bien au profit de la femme, le droit personnel de celle-ci dans les limites de la subrogation?

Et puis la question d'application était celle-ci : Le créancier subrogé peut-il seul, et sans le concours de la femme, céder l'effet entier de cette inscription et en donner mainlevée, ou bien l'effet de l'inscription doit-il être réservé au profit de la femme dans le certificat de radiation délivré sur une mainlevée donnée par le créancier désintéressé ou non?

La question est grave et pleine d'intérêt, non-seulement par elle-même, mais encore et surtout par les principes auxquels elle se rattache et qui en dominent la solution.

Voyons d'abord les termes de l'arrêt, et avant tout précisons l'espèce dans laquelle il est intervenu.

17. Les époux R.... empruntent au sieur P...., suivant actes des 29 novembre 1852 et 23 janvier 1853, une somme de 1,000 francs dont le remboursement est garanti solidairement entre les emprunteurs : 1° par une hypothèque conventionnelle spéciale sur un immeuble appartenant en propre au mari; 2° par la cession de ses reprises matrimoniales consentie par la femme, avec subrogation dans l'effet de son hypothèque légale, mais seulement jusqu'à concurrence de la somme prêtée. Le sieur P.... voulant rendre publiques les garanties hypothécaires qui lui ont été données, dresse un bordereau d'inscription dont il importe de retenir les termes. En voici l'intitulé : « *Inscriptions d'hypothèques conventionnelle et légale. — M. P.... contre M. et madame R....* » Et puis, en voici le texte : « M. Dominique P...., — élisant domicile en l'étude.... — Requiert : — Première-

ment, *contre M. Adrien R....* et madame Angélique D...., son épouse, demeurant ensemble, à...., — en vertu d'un acte passé devant le même notaire, le..... — Pour sûreté de 1,000 francs prêtés par l'inscrivant auxdits sieur et dame R...., exigibles le...., etc., — *l'inscription de l'hypothèque* résultant de l'acte susénoncé, sur une maison sise à...., etc. — Deuxièmement, *et contre M. R.... seul,* — pour sûreté du prêt constaté ci-dessus, en principal et accessoires, *jusqu'à concurrence desquels* madame R.... a cédé et transporté à M. P..., *inscrivant,* tous ses droits, reprises et créances, et l'a subrogé avec antériorité et préférence à elle-même, quant au surplus, dans le bénéfice de son hypothèque légale contre son mari, — *l'inscription de l'hypothèque légale* de ladite dame R.... sur tous les biens présents et à venir de son mari. »

Ce bordereau, dans lequel le créancier s'annonce comme inscrivant l'hypothèque légale de la femme seulement dans la mesure de sa propre créance, et dans lequel la femme ne figure en aucune manière, ni activement ni même passivement, ce bordereau est reproduit dans les mêmes termes sur les registres du conservateur.

Plus tard, les débiteurs s'étant libérés, il leur est passé, le 19 juillet 1856, une quittance notariée dans laquelle le sieur P.... *donne mainlevée et consent la radiation de l'inscription prise à son profit* au bureau des hypothèques de..... La quittance est produite ensuite au conservateur des hypothèques, qui délivre, à la date du 24 juillet 1856, un certificat par lequel il déclare « que l'inscription prise au profit de M. P.... contre les époux R.... est rayée définitivement, *mais seulement quant aux droits du sieur P..., créancier, soit relativement à l'hypothèque conventionnelle, soit en ce qui concerne l'hypothèque légale de madame R.... contre son mari, dans laquelle il a été subrogé, — les effets de cette inscription conservant toute leur force à l'égard de ladite dame R....* »

Le conservateur avait-il le droit d'exprimer cette dernière réserve? Le sieur R.... ne l'a pas pensé; en conséquence il a assigné le conservateur devant le tribunal civil d'Abbeville, qui, à la suite d'une discussion approfondie, a rendu le jugement suivant : « ..... Attendu que de ce que le sieur P.... avait requis l'inscription de l'hypothèque légale de la femme, il ne s'ensuit pas qu'il ait eu le droit d'en donner mainlevée, le droit de con-

sentir la radiation des hypothèques légales n'étant pas la conséquence du droit d'en requérir l'inscription, la loi donnant à beaucoup de personnes le droit de requérir l'inscription de l'hypothèque des femmes, et n'accordant à aucune de ces personnes le droit d'en consentir la mainlevée; — attendu qu'aux termes de l'article 2157 C. Nap., les inscriptions ne peuvent être radiées que du consentement des parties intéressées, d'où suit que, si plusieurs personnes ont intérêt au maintien d'une inscription, la mainlevée donnée par l'un des intéressés seul n'autorise la radiation que pour ce qui le concerne et non pour ce qui concerne les autres; — attendu qu'on ne saurait prétendre que la femme n'a pas d'intérêt à ce que son hypothèque légale une fois inscrite, l'inscription continue de subsister, même après que les causes qui ont déterminé à la rendre publique ont cessé d'exister, puisque, d'après la loi, elle ne peut exercer les droits attachés à cette hypothèque qu'autant qu'elle est inscrite, et que faute d'inscription en temps utile elle peut, en certains cas, perdre les droits qui résultent à son profit de cette hypothèque légale; — attendu que l'intérêt de la femme à ce que son hypothèque soit inscrite étant constant, il importe peu par qui cette inscription a été requise et dans quel but elle l'a été, que ce soit dans la vue de lui être utile ou dans la vue d'en faire profiter celui qui a requis l'inscription, le motif qui a déterminé le requérant à agir ne pouvant rien changer au fait matériel de l'inscription et aux droits qui en peuvent résulter pour la femme, d'autant mieux que celui qui a inscrit peut cesser d'avoir intérêt à ce que l'inscription subsiste, tandis que la femme peut conserver un intérêt, ce que le conservateur des hypothèques n'a pas qualité pour décider; — attendu que ce n'est pas l'inscrivant qui demande qu'on donne à sa mainlevée un effet plus étendu que celui que lui a donné le conservateur; que c'est le mari qui est, par la loi, chargé de rendre publique l'hypothèque légale de la femme, qui demande à faire disparaître la publicité donnée légalement à cette hypothèque comme conséquence des actes qu'il a fait souscrire à sa femme; qu'une pareille demande est une infraction trop directe aux obligations imposées aux maris par l'article 2136 du Code Napoléon pour qu'elle puisse être accueillie par les tribunaux....; — par ces motifs, dit à bon droit le refus fait par le conservateur des hypothèques, de rayer, en ce qui concerne madame R..., l'inscription

opérée de son hypothèque légale contre son mari. » — Sur l'appel, ce jugement a été confirmé le 31 mars 1857 par la Cour impériale d'Amiens, qui en a adopté purement et simplement les motifs.

18. Dans l'état des faits et en présence des énonciations portées en l'inscription telle qu'elle avait été faite dans l'espèce, la décision, nous n'hésitons pas à le dire, fait une application très-inexacte des dispositions de la loi sur lesquelles elle est fondée. Nous le montrerons tout à l'heure. Indiquons avant tout quelques circonstances qui, si elles ne justifient pas la solution, tendent cependant à l'expliquer.

La question résolue ici par la Cour d'Amiens n'est pas absolument neuve en jurisprudence, quoique cet arrêt soit le premier, à notre connaissance, qui l'ait résolue *en principe*. Nous trouvons des précédents dans quelques jugements qui, sinon expressément, au moins d'une manière implicite, admettent également que la femme profite de l'inscription prise par le subrogé et que malgré la radiation définitive consentie par celui-ci, l'inscription ne peut être rayée que sur la mainlevée de la femme, car ces jugements n'ordonnent l'exécution de la mainlevée donnée par la femme, après celle du créancier, que sur les biens à la vente desquels elle avait concouru[1]. Nous trouvons encore des jugements qui, après avoir déclaré, en sens contraire, que les inscriptions prises par le subrogé n'ont été requises que dans l'intérêt des inscrivants et seulement jusqu'à concurrence de leurs obligations, décident cependant que si de telles inscriptions profitent à la femme, c'est seulement dans les limites des obligations qu'elles garantissent et en conséquence affranchissent le conservateur de toute responsabilité pour avoir refusé la radiation jusqu'au moment où la femme elle-même donnerait mainlevée de l'inscription[2]. Mais, dans toutes ces affaires, nous remarquons que le procès est engagé contre le conservateur; on réduit ainsi le débat à une question de responsabilité. Et comme en définitive les conservateurs ont été souvent déclarés responsables pour les radiations qu'ils ont opérées, et quelquefois même après un juge-

[1] Trib. de la Rochelle, 16 novembre 1853, et de Metz, 4 août 1854 (*J. des conserv.*, art. 980 et 1049).

[2] Trib. de Neufchâtel, 18 octobre 1847 (*J. des conserv.*, art. 338).

ment ordonnant la radiation[1], les tribunaux s'attachent à ce point de vue de la responsabilité, et sans s'occuper de la question de principe autant qu'ils le feraient et devraient le faire si la femme était appelée en cause pour voir ordonner la radiation et si le débat s'engageait ainsi entre les parties vraiment intéressées, ils exonèrent le conservateur qui, après tout, n'est pas trop reprochable pour son refus de radiation ou pour les réserves qu'il a faites dans un cas douteux et sur lequel il ne trouve pas de précédents assez nombreux pour former une jurisprudence. C'est une première cause qui sert à expliquer la solution consacrée par la Cour d'Amiens dans l'arrêt que nous apprécions.

Il y en a une seconde : c'est qu'il s'agit ici de l'hypothèque légale de la femme. Or, par la force même des choses, la dispense d'inscription dont jouit une telle hypothèque n'est pas et ne peut pas, en général, être appréciée par les tribunaux, comme elle l'est par ceux qui concourent à la formation de la société conjugale. Pour ceux-ci, ce qui domine, c'est l'avenir des époux sur lequel deux familles fondent des espérances dont il faut seconder la réalisation autant que possible; et comme ils entrevoient tout ce qu'il y aurait d'entraves dans une hypothèque légale qui, dans les pays de régime dotal, va paralyser, si elle est inscrite, toutes les ressources immobilières du mari, et qui, dans les pays de communauté, va enlever pour ainsi dire au mari la possibilité de disposer de ses immeubles propres et même des conquêts, sans le concours de la femme, ils sont naturellement contraires à l'inscription immédiate de l'hypothèque et admettent volontiers que cette inscription ne se produise que lorsqu'elle devient une nécessité. C'est à ce point de vue que se place, sans aucun doute, le ministère de la justice; et nous en prenons pour preuve l'instruction du 15 septembre 1806, incessamment maintenue et renouvelée depuis, aux termes de laquelle les procureurs impériaux ne doivent requérir l'inscription de l'hypothèque légale de la femme que dans des cas très-rares et fort exceptionnels[2]. — Quant aux tribunaux, ils ne voient, en général, l'hypothèque légale de la femme en mouvement qu'au moment où la ruine du mari est à peu près accom-

[1] V. Cass. 18 juillet 1838; — Angers, 30 mars 1854 (*J. Pal.*, 1838, 2, 491; *J. des conserv.*, art. 1121).

[2] V. M. Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Inscript. hyp.*, n° 31.

plie; et portés qu'ils sont par cela même à regretter que l'hypothèque légale de la femme ne soit pas toujours inscrite à l'époque du mariage, ils se rattachent à un indice, à une manifestation quelconque de quelque part qu'elle vienne, dès que cet indice ou cette manifestation rappelle l'hypothèque légale, pour y voir l'inscription de cette hypothèque au profit de la femme. Ainsi le créancier subrogé à l'hypothèque légale assure-t-il son droit de subrogation en lui donnant la publicité des registres hypothécaires, on incline à voir dans l'inscription qu'il a prise un acte qui profite à la femme elle-même, et à considérer cette inscription comme survivant en faveur de celle-ci même quand la cause de la subrogation a cessé, c'est-à-dire quand le créancier subrogé a été désintéressé ou que par un autre motif il a donné mainlevée!

19. Mais, nous le répétons, si ces tendances expliquent notre arrêt, elles ne le justifient en aucune manière. Dans son principe même, comme dans les motifs sur lesquels il est fondé, cet arrêt s'écarte absolument de la vérité juridique.

Il s'en écarte dans son principe : et en effet, un créancier ne saurait se prévaloir, pour sa propre créance, de l'inscription prise par un autre créancier, si les deux créances sont distinctes et s'il n'existe pas de lien qui rattache entre eux les droits en vertu desquels les deux créanciers ont procédé. En ce sens, la Cour de Paris a dit avec une exactitude parfaite dans l'arrêt du 27 février 1857, apprécié plus haut (nos 5 et suiv.), que la subrogation dont un créancier réclame les effets en vertu d'une inscription distincte *crée en lui un droit propre et personnel qu'il exerce dans son intérêt et dont aucun des créanciers ne saurait ni se prévaloir ni profiter*. C'est là une vérité élémentaire que la Cour d'Amiens a manifestement méconnue dans son arrêt du 31 mars 1857. Et vainement on tenterait de prendre le change sur ce que la Cour d'Amiens statue vis-à-vis de la femme elle-même tandis que la Cour de Paris a parlé des autres créanciers. La règle est absolue; ce qui est vrai, sous le rapport qui nous occupe, à l'égard du créancier cherchant à tirer avantage de l'inscription prise par un autre créancier, n'est pas moins vrai à l'égard de la femme qui veut se prévaloir des diligences faites, pour lui-même et dans son intérêt propre, par celui qu'elle a subrogé dans son hypothèque légale. Sans doute, il se pourra faire que la femme profite de l'inscription prise par ce dernier;

cela aura lieu, par exemple, si elle rembourse le créancier subrogé soit de ses deniers, soit sur le montant de ses reprises [1]. Mais ceci tient à un tout autre ordre d'idées; c'est qu'alors la femme ne paye que comme caution, c'est qu'elle est subrogée elle-même aux droits du créancier payé : et cela ne fait pas assurément qu'en principe, le créancier qui a un droit personnel créé par la femme dans la subrogation qu'elle a consentie, n'ait pas un intérêt distinct et séparé de celui de la femme, et partant que celle-ci puisse se prévaloir, plus que ne le pourrait faire un autre créancier, des mesures qu'il a pu prendre pour faire connaître cet intérêt et le conserver. Sous ce rapport, l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 a tenu parfaitement compte des principes, en les confirmant ou en les rappelant, lorsqu'il a obligé le créancier subrogé à prendre une inscription *à son profit* pour assurer le rang de sa subrogation ; il a indiqué par là de la manière la plus nette que cette inscription a un effet à elle propre, complétement étranger aux droits de la femme et dont elle n'a pas à profiter personnellement. — Il est donc vrai que par son principe même l'arrêt d'Amiens s'écarte de la vérité juridique.

Montrons maintenant qu'il s'en écarte aussi par tous ses motifs. Que dit-il, en effet? D'abord il prend pour point de départ cette idée « que de ce que le créancier subrogé aurait requis l'*inscription de l'hypothèque légale de la femme,* il ne s'ensuivrait pas qu'il eût le droit d'en donner mainlevée, » les deux droits de requérir l'inscription et d'en donner mainlevée n'étant pas corrélatifs, puisque la loi « donne à beaucoup de personnes le droit de requérir l'inscription de l'hypothèque des femmes, et n'accorde à aucune de ces personnes le droit d'en consentir la mainlevée. » Eh bien! ce point de départ est complétement inexact. Sans parler de l'exagération qu'il y a à dire que la loi donne à *beaucoup de personnes* le droit d'inscrire l'hypothèque des femmes (nous y reviendrons tout à l'heure), peut-on admettre que le créancier subrogé, lorsqu'il requiert l'inscription *à son profit,* fait inscrire l'hypothèque légale au profit de la

[1] La Cour de Lyon décide, en ce sens, que le créancier qui a été colloqué dans un ordre par l'effet de la cession à lui faite de l'hypothèque légale de la femme du débiteur, et a été ainsi payé avec les deniers que cette hypothèque assurait à la femme, est censé payé par cette dernière elle-même, laquelle, en conséquence, est légalement subrogée aux droits du créancier payé. Arrêts des 4 août 1853 et 11 août 1855 (Devill., 55, 2, 30 et 687).

femme? Non évidemment : l'idée est absolument contraire à la vérité des faits. L'hypothèque légale de la femme assure à celle-ci tous les droits et créances qu'elle peut avoir à exercer contre son mari. Est-ce de cela qu'il s'agit pour le créancier subrogé? En aucune façon. Cessionnaire d'une part déterminée à prendre dans la totalité des reprises de la femme, cessionnaire de ces reprises dans la mesure de sa propre créance, il conserve par son inscription ces reprises, quelles qu'en soient la nature et l'origine, mais seulement jusqu'à concurrence de la part qui lui en a été cédée. Ce qu'il inscrit donc c'est son droit personnel, la subrogation qu'il a obtenue. C'est là, selon nous, ce qui était parfaitement caractérisé et formulé par ces *mentions de subrogation*, auxquelles la pratique s'était arrêtée et qu'elle vient d'abandonner en présence de l'arrêt du 4 février 1856 par lequel la Cour de cassation les a si mal à propos condamnées. Ces mentions précisaient nettement que le droit inscrit était la subrogation, c'est-à-dire la portion détachée des reprises au profit du créancier inscrivant; un droit éventuel et conditionnel, en ce sens qu'à l'état de subrogation, au moment où la formalité est requise, il ne doit rester aux mains du créancier qu'autant que subsistent les causes de la subrogation. Mais de ce que la forme est changée maintenant, de ce qu'elle est moins précise, il ne s'ensuit pas qu'il y ait changement aussi dans le fond des choses; et de ce que le créancier requiert *inscription* aujourd'hui au lieu de requérir *mention*, il ne s'ensuit pas que ce qu'il rend public soit autre chose que son droit propre et personnel. Ainsi, à son point de départ même, l'arrêt de la Cour d'Amiens se méprend sur la situation et sort de la vérité des faits.

Que dit-il ensuite? Il invoque l'intérêt de la femme, et persistant dans l'équivoque du motif précédent, il dit que « les inscriptions ne peuvent être radiées que du consentement des parties *intéressées* (art. 2157) et qu'on ne saurait prétendre que la femme n'a pas d'*intérêt* à ce que son hypothèque légale une fois inscrite, l'inscription continue de subsister même après que les causes qui ont déterminé à la rendre publique ont cessé d'exister.... » Mais sans revenir désormais sur ce point qui est toujours à démontrer, à savoir que c'est au profit de la femme que l'hypothèque légale est inscrite sur la réquisition du créancier subrogé, est-ce qu'il n'y a pas ici une méprise d'abord et ensuite un non-sens à exciper de l'intérêt de la femme?

Nous comprendrions, à tout prendre, qu'on cherchât à justifier sur l'*intérêt des tiers* la nécessité de maintenir l'inscription lorsque l'hypothèque légale de la femme a été une fois inscrite; et encore, peut-on dire que les tiers eux-mêmes sont sans intérêt à être informés qu'une hypothèque légale, inscrite à *son profit* par un créancier subrogé et dans la mesure de sa propre créance, subsiste même quand il a donné mainlevée, et qu'elle subsiste au profit de la femme pour tous ses droits et créances sur son mari.... Mais argumenter de l'intérêt de la femme en cette occurrence, voilà ce que nous ne comprenons pas. Est-ce que ce n'est pas l'une des prérogatives essentielles de l'hypothèque légale d'exister indépendamment de toute inscription? La publicité du droit hypothécaire n'intéresse donc pas la femme : occulte ou publique, son hypothèque la protége également; en sorte qu'en tout état de cause, *tant que les immeubles grevés restent aux mains du mari*, l'intérêt de la femme est complétement à couvert.

Il y a plus, et c'est ici que va se montrer le non-sens dans les motifs de l'arrêt, la publicité du droit hypothécaire peut tourner contre la femme, si les immeubles viennent à être aliénés par le mari. La femme n'aura pas à attendre alors cette notification qui doit lui être faite *en personne*, dans le cas de purge légale; car il n'y a pas lieu à la purge légale dès que l'hypothèque est inscrite. La purge ordinaire y suffira, et l'acquéreur fera sa notification au domicile élu dans l'inscription dont l'effet a été réservé au profit de la femme après la mainlevée donnée par le créancier qui l'avait prise. Et comme cette notification importe peu à un créancier désormais désintéressé, comme ce créancier peut avoir son domicile réel loin du lieu où il avait fait élection de domicile, comme la femme elle-même en peut être plus ou moins éloignée, il arrivera ou il pourra arriver que l'hypothèque de celle-ci sera purgée sans qu'elle s'en doute, et que son droit aura péri sans qu'aucun avertissement soit venu la mettre en demeure d'avoir à l'exercer. On le voit, le système de l'arrêt d'Amiens compromet l'intérêt même qu'il prétend défendre; et le second motif doit être écarté non moins que le premier.

Faut-il s'arrêter davantage au troisième? La Cour d'Amiens y exprime « que l'intérêt de la femme à ce que son hypothèque soit inscrite étant constant, *il importe peu par qui cette inscrip-*

tion a été requise et dans quel but elle l'a été, le motif qui a déterminé le requérant à agir ne pouvant rien changer au fait matériel de l'inscription et aux droits qui en découlent.... » Mais n'est-il pas clair que l'arrêt ici se laisse aller plus qu'aucun autre à ces tendances dont nous avons parlé tout à l'heure? que pénétrée de cette idée que l'hypothèque légale de la femme devrait être toujours inscrite au moment du mariage, la Cour d'Amiens lui sacrifie les dispositions les plus précises et les plus positives de la loi? Le fait matériel de l'inscription suffit à ses yeux pour créer des droits en faveur de la femme, quelle que soit la personne de qui émane l'inscription! Mais que devient alors l'article 2139 du Code Napoléon, dont le premier paragraphe indique les parents, soit de la femme, soit du mari, comme ayant seuls, sauf le procureur impérial (art. 2138), qualité pour requérir l'inscription de l'hypothèque des femmes? Et que devient aussi la jurisprudence qui, interprétant cet article, décide expressément que les dispositions n'en peuvent pas être étendues, et sur ce fondement annule l'inscription prise au nom de la femme par un tiers ayant agi sans le consentement de la femme ou de son mari [1]? La Cour d'Amiens met tout cela à l'écart.

Consultons pourtant les principes. Il en résulte que l'inscription ne peut profiter à la femme qu'autant qu'elle est faite en son nom et prise par une personne ayant qualité. Or, dans l'espèce, rien de cela. Le subrogé qui rend son droit public agit pour lui-même, dans son intérêt et en son nom, nous l'avons montré déjà; il n'agit pas au nom de la femme. En outre, il n'a pas qualité pour agir au nom de celle-ci; car, d'une part, il n'est pas son parent ni celui du mari, et d'autre part, procédant en son nom personnel, en vertu de la subrogation, il n'agit pas dans les termes de l'article 1166 du Code Napoléon. Ainsi tout s'élève contre la déclaration si absolue de la Cour d'Amiens. Opposerait-on cependant que, dans le cas proposé, celui de qui l'inscription émane est, non pas le créancier qui a fait inscrire la subrogation, mais le conservateur qui a réservé les droits de la femme en délivrant le certificat de radiation? La femme n'y gagnerait rien: car le conservateur n'a pas qualité plus que le

[1] V. notamment un arrêt de la Cour de Caen, du 8 mai 1839 (Devill., 39, 2, 329). — *Junge* Poitiers, 26 janvier 1832.

créancier; l'inscription qu'il prendrait pour la femme serait une inscription d'office : or le seul cas où il puisse procéder ainsi est le cas exceptionnellement prévu par l'article 2108.

Enfin, la Cour d'Amiens termine en disant « que ce n'est pas l'inscrivant qui demande qu'on donne à sa mainlevée un effet plus étendu que celui que lui a donné le conservateur; que c'est le mari, chargé par la loi de rendre publique l'hypothèque légale de sa femme, qui demande à faire disparaître la publicité *donnée légalement à cette hypothèque comme conséquence des actes qu'il a fait souscrire à sa femme;* et qu'une pareille demande est une infraction trop directe aux obligations imposées au mari par l'article 2136 du Code Napoléon pour qu'elle puisse être accueillie par les tribunaux. » — Mais ici l'inexactitude est partout, dans l'appréciation même comme dans le motif sur lequel cette appréciation paraît fondée.

Ainsi la Cour d'Amiens estime que le mari étant chargé par la loi de donner la publicité à l'hypothèque de sa femme, il ne saurait lui appartenir de demander la radiation d'une inscription qui a eu pour effet de rendre cette hypothèque publique! Évidemment, la Cour est encore en ceci sous l'empire de l'idée qu'elle vient d'émettre à propos de ce *fait matériel* de l'inscription auquel elle a donné une si étrange portée. Sans doute, si nous étions ici en présence d'une inscription prise, soit par le mari lui-même, soit par un parent de la femme ou du mari, ou d'une inscription requise par le procureur impérial (art. 2136, 2138, 2139), la décision de l'arrêt serait on ne peut mieux fondée : toute demande du mari tendant, non pas à une réduction d'hypothèque dans les termes de l'article 2144, mais à la radiation pure et simple de l'inscription, devrait incontestablement être écartée. Mais est-ce de cela qu'il s'agit dans l'espèce? En aucune façon. Il s'agit ici, répétons-le, d'une inscription qui, en tant qu'on en veut étendre les effets à la femme, a été prise sans droit par des personnes qui n'avaient pas qualité pour la prendre ou la requérir en son nom. Dans cette situation, le mari a certainement intérêt et droit à demander que les tribunaux lui viennent en aide et répriment, en prononçant la radiation, un empiétement qui vient l'atteindre dans ses prérogatives de mari [1]. Et vainement on lui oppose la disposition de

[1] V. en ce sens un arrêt duquel il résulte qu'il suffit qu'une inscription ait

l'article 2136 du Code Napoléon. Si cet article charge le mari de rendre publique l'hypothèque dont ses biens sont grevés au profit de sa femme, l'obligation qu'il impose n'a pas de sanction dans la loi; c'est un simple précepte; le mari prendra son temps et consultera ses convenances pour s'y soumettre; il ne doit compte qu'à lui-même de la détermination qu'il prendra à cet égard : les tribunaux n'ont donc pas à y intervenir; et de même qu'ils ne pourraient exiger du mari qu'il prenne inscription dans l'intérêt de sa femme, de même ils ne peuvent se refuser à l'entendre ou repousser son action lorsqu'il vient demander la nullité et la radiation d'une inscription prise contre lui par des tiers autres que ceux auxquels la loi a donné mission de la requérir [1]. — Voilà pourquoi nous écartons l'appréciation faite par la Cour d'Amiens dans cette dernière partie de son arrêt.

Et maintenant, quant aux motifs sur lesquels cette appréciation paraît fondée, ils sont moins justifiables encore. La Cour déclare l'action du mari non recevable et mal fondée, notamment en ce qu'elle a pour objet de faire disparaître la publicité donnée *à l'hypothèque comme conséquence des actes qu'il a fait souscrire à sa femme*. Ce qui revient à dire, si nous ne nous trompons sur la portée de cette formule trop concise peut-être, que l'hypothèque garantit précisément l'indemnité résultant au profit de la femme de l'obligation solidaire qu'elle a consentie avec son mari, et que cette indemnité, définitivement assurée si l'inscription du créancier subrogé profite à la femme, est compromise, au contraire, si cette inscription est complétement radiée. Mais qu'il nous soit permis de le dire, la Cour se méprend à la fois et sur la nature du droit et sur les chances que peuvent avoir à courir les intérêts de la femme. Sans doute, celle-ci a une indemnité garantie par l'hypothèque légale à raison de l'obligation solidaire que son mari lui a fait consentir. Toutefois, son droit à cet égard, bien qu'il remonte au jour même de l'obligation, ne se réalise que si elle vient à payer pour le mari; il est donc éventuel tant que le créancier n'est

été prise illégalement pour que le débiteur ait qualité pour en demander mainlevée sans attendre les poursuites. Cour de cassation, 2 avril 1856 (*J. du Pal.*, 1856, t. II, p. 184).

[1] Citons en ce sens un arrêt rendu par la Cour de cassation, dans *l'intérêt de la loi*, sur les conclusions de Merlin, le 12 février 1811. — V. le réquisitoire de Merlin, *Rép.*, v° *Transcription*, § 5, n° 5.

pas remboursé. Dans cette position, c'est à la femme à conserver cette éventualité par une inscription prise en son nom et à son profit; elle le peut incontestablement, si elle juge à propos de le faire : mais l'inscription que prend le créancier n'a et ne peut avoir cet effet; car il n'est pas le *negotiorum gestor* de la femme, et quand il s'inscrit pour la conservation de son droit personnel, ce qui le préoccupe le moins assurément, ce sont les intérêts respectifs du mari et de la femme, et le recours que la loi donne à celle-ci contre celui-là. La femme a su, lorsqu'elle conférait un droit personnel au créancier, qu'elle lui donnait par cela même la faculté de disposer de ce droit à son gré; c'était à elle, si elle craignait que l'exercice de cette faculté ne tournât à son préjudice, à conserver, de son côté, son droit propre et particulier.

D'ailleurs, quand on va au fond des choses, on voit que rarement le recours de la femme se trouvera compromis. Cela ne pourrait arriver, en effet, que dans le cas où le créancier viendrait à donner mainlevée de son inscription sans être désintéressé. Mais comme le créancier, dans ce cas, exposerait son propre droit personnel et le compromettrait, on comprend que la chose ne saurait se produire que très-exceptionnellement. Ce qui arrive habituellement et pour ainsi dire toujours, c'est que le créancier conserve son inscription jusqu'au jour où il est payé. Et alors, de deux choses l'une : ou le créancier est payé par le mari ou par la communauté, et dans ce cas la femme n'a pas d'indemnité à prétendre; ou le créancier est payé soit des deniers, soit des reprises de la femme, et dans ce cas, subrogée qu'elle est, d'après la jurisprudence, aux droits du créancier [1], la femme trouve la garantie du recours qu'elle a contre son mari dans l'inscription qui a été prise par ce créancier.

Donc, il n'est pas une des considérations sur lesquelles est fondé l'arrêt rendu par la Cour d'Amiens, le 31 mai 1857, qui résiste à l'examen; c'est à tort évidemment que cet arrêt a reconnu au conservateur des hypothèques le droit de réserver au profit de la femme l'effet d'une inscription prise pour lui et dans son intérêt par le créancier auquel la femme avait cédé ses reprises avec subrogation dans l'hypothèque légale; et

[1] V. les arrêts de Lyon, des 4 août 1853 et 11 août 1855, cités plus haut p. 30.

après l'examen détaillé auquel nous venons de nous livrer, nous pouvons le répéter en toute assurance : dans son principe même comme dans ses motifs, la décision s'écarte absolument de la vérité juridique.

20. Nous ajouterons, en terminant, que la Cour d'Amiens se fût assurément arrêtée à un autre parti, si elle eût cherché à se rendre bien compte de la nature du droit conféré au créancier par la convention de subrogation dont il s'agissait dans l'espèce : là est, en effet, le principe de la solution.

La nature de cette convention est peu définie, nous le savons, et par cela même il est arrivé que peu de conventions ont été plus diversement appréciées. Sans insister ici sur des doctrines dont l'examen nous conduirait à de trop longs développements (nous les avons appréciées ailleurs [1]), nous dirons que nous ne trouvons dans la convention ni la cession-transport ni le nantissement que quelques auteurs y ont successivement signalé. A nos yeux, elle est une délégation faite éventuellement par la femme et résultant de la promesse par laquelle elle s'oblige *conditionnellement*, en ce sens qu'elle s'engage à payer, ou au moins à abandonner à titre de payement les droits qu'elle peut avoir contre son mari, pour que le créancier auquel elle fait l'abandon exerce ces droits à sa place, si, à l'échéance, le mari ne paye pas lui-même la dette qu'il a souscrite envers ce créancier. C'est, dans une certaine mesure, la novation *conditionnelle* dont parle Marcadé dans son commentaire de l'art. 1292 [2]; la femme, en s'obligeant, n'éteint point la dette du mari; elle y ajoute sa propre dette, et les deux subsistent jusqu'à l'événement dont l'effet sera, suivant que la condition prévue se réalisera ou non, soit d'effacer l'obligation de la femme même rétroactivement et comme si elle n'eût jamais été prise, soit de la maintenir au contraire rétroactivement aussi, et comme si la femme eût été liée dès l'origine. Ainsi, le payement est-il effectué à l'échéance par le mari débiteur, la condition prévue n'est pas réalisée, et la femme est censée ne s'être jamais obligée; au contraire, le payement n'est-il pas effectué par le mari, la condition prévue est accomplie, la femme est débitrice et, par l'effet rétroactif de la condition, est censée l'avoir été dès le jour même où elle s'est obligée.

[1] V. notre *Traité-commentaire des priv. et hyp.*, nos 471 et suiv.
[2] V. t. IV, no 757.

Cela posé, on pressent que le créancier auquel la subrogation a été consentie lorsqu'il requiert, *à son profit*, l'inscription ou la mention de cette subrogation, fait un acte qui profite à lui seul et ne profite pas à la femme; et l'on pressent aussi dès lors que lorsque plus tard ce même créancier donne mainlevée de l'inscription qu'il a prise, le conservateur ne doit pas, dans le certificat de radiation, réserver à la femme les effets d'une inscription qui, n'ayant jamais été prise pour elle ni dans la pensée de l'inscrivant ni dans l'esprit de la convention en vertu de laquelle l'inscription a été requise, ne saurait lui être réservée. C'est que, par le résultat de cette *novation conditionnelle*, il y a là deux droits égaux, distincts et séparés qui subsistent, *sur la même créance*, tant que dure la condition : il y a le droit de la femme, qui est et aura toujours été propriétaire de ses reprises si le mari ou la communauté satisfait à la créance; il y a le droit du créancier, qui deviendra propriétaire si le mari ou la communauté ne paye pas. Chacun de ces propriétaires veille pour lui à la conservation du droit dont il est titulaire; voilà pourquoi l'on ne pourrait pas, sans abuser des choses autant que des mots, dire que le créancier a veillé pour la femme et a songé à s'inscrire pour elle lorsqu'il a requis inscription *à son profit* ou en *en son nom* personnel.

21. Mais, notons-le bien, nous raisonnons dans l'hypothèse qui se produit habituellement. En général et presque toujours, l'inscription faite par le créancier subrogé dans l'hypothèque légale est requise en même temps que celle de l'hypothèque conventionnelle, et en ces termes : « M.... requiert inscription *à son profit* ou en *son nom personnel* de l'hypothèque conventionnelle et de l'hypothèque légale dans laquelle il a été subrogé jusqu'à concurrence de....., montant de sa créance. » Il n'y a pas là d'équivoque possible, et notre solution s'appliquera incontestablement. Nous l'appliquerions également dans les situations moins nettes et moins précises où le créancier dit, après les énonciations relatives à son hypothèque conventionnelle, qu'il requiert contre le mari l'inscription de l'hypothèque légale dans laquelle il a été subrogé jusqu'à concurrence de.....; ou bien encore lorsque le créancier requiert, dans les mêmes termes, une inscription séparée de l'hypothèque légale. Dans ces deux hypothèses (dont la seconde est celle qui se produisait devant la Cour d'Amiens), la formule énonce bien que c'est le

créancier qui requiert l'inscription, mais on n'y trouve pas les mots *à son profit* ou en *son nom personnel*. Néanmoins, nous le répétons, la solution sera la même parce que l'inscription n'a pas été prise *au nom* de la femme, parce que c'est le créancier qui est l'inscrivant et le titulaire de l'inscription, et parce que, en s'inscrivant, il agit évidemment pour lui seul, pour la conservation de son propre droit, et nullement comme l'ayant cause de la femme. Cela apparaîtra avec évidence, surtout depuis la loi du 23 mars 1855.

Mais si le créancier requérait l'inscription au profit et au nom de la femme, en ajoutant ensuite qu'il a été subrogé dans cette hypothèque légale jusqu'à concurrence de....., il en serait autrement : il faudrait dire alors que le créancier a agi en la double qualité d'ayant droit personnel et d'ayant cause de la femme; et la mainlevée qu'il pourrait donner en sa qualité d'ayant droit personnel ne ferait pas obstacle à ce que l'effet de l'inscription fût réservé en faveur de la femme.

En résumé donc, il y a ici une question dont la solution peut varier suivant les termes de l'inscription. Toutefois, en définitive, les cas comme celui dont nous venons de parler sont tout à fait exceptionnels. On pourra les assimiler à ceux où il s'agit d'un créancier de la femme sans droit personnel sur l'inscription, et n'ayant d'autres droits que ceux qui résultent des articles 1166 et 2092 C. Nap. et 778 C. proc.; comme ce créancier ne peut faire un acte utile en prenant inscription qu'en conservant le droit de son débiteur, on dira qu'il a agi comme ayant cause de la femme. Mais en principe, lorsque le créancier a un droit personnel qu'il peut conserver indépendamment de celui de la femme par une inscription, on ne devra pas supposer aisément que, sans profit pour lui, il s'est bénévolement érigé en *negotiorum gestor* de la femme, pour conserver des droits qu'il n'avait aucun intérêt personnel à sauvegarder.

PAUL PONT.

DE LA CONCURRENCE DES NOTAIRES ET DES COMMISSAIRES-PRISEURS

EN CE QUI CONCERNE LES VENTES PUBLIQUES DE RÉCOLTES, COUPES DE BOIS TAILLIS ET AUTRES FRUITS DÉSIGNÉS DANS L'ARTICLE 1er DE LA LOI DU 5 JUIN 1851.

Dissertation de M. Le Menuet, juge suppléant au Tribunal civil de Corbeil.

§ 1er. — Systèmes divers.

Une question d'attribution s'est élevée entre les notaires et les commissaires-priseurs, depuis la promulgation de la loi du 5 juin 1851, dont il faut d'abord rappeler les termes.

« Art. 1er. Les ventes publiques *volontaires*, soit à terme, soit » au comptant, de fruits et de récoltes pendants par racines, et » des coupes de bois taillis, seront faites en concurrence et au » choix des parties, par les notaires, commissaires-priseurs, » huissiers et greffiers de justice de paix, *même dans le lieu de* » *la résidence des commissaires-priseurs.* »

Le doute est venu de ces expressions, *ventes volontaires*, employées dans l'article 1er; et de ce que le rapporteur de la commission a dit en présentant le texte de la loi ainsi rectifié : « Que » les *ventes judiciaires* demeuraient soumises au Code de pro- » cédure civile et aux lois spéciales qui les régissent. »

On s'est demandé quelles ventes sont *volontaires*, quelles ventes sont *judiciaires* dans le sens de cette loi.

Aucune difficulté n'a été soulevée en cas de saisie-brandon; c'est incontestablement une vente judiciaire qui est soumise aux anciennes lois. Le Code de procédure civile (art. 625-634) avait introduit à l'égard de ces ventes une exception qui doit être maintenue. Elles reviennent aux commissaires-priseurs et aux huissiers, chacun dans la limite de leurs attributions.

Les ventes publiques, requises par des parties majeures et maîtresses de leurs droits, sont, au contraire, des ventes *volontaires*. La concurrence existe entre les quatre classes d'officiers publics même dans le lieu de la résidence des commissaires-priseurs.

Mais que doit-on décider à l'égard des ventes autorisées par justice, de celles que font l'héritier bénéficiaire, le tuteur, les administrateurs?

Les opinions sont divergentes. Pour les commissaires-priseurs, on a dit : elles sont toutes sans exception des ventes judiciaires; — puis, renouvelant la lutte qui existait avant la loi de 1851, on a soutenu que ces ventes comprenant des objets mobiliers, devaient être attribuées *exclusivement* aux commissaires-priseurs dans le lieu de leur résidence. Cette argumentation s'est appuyée principalement sur le rapport fait en 1851 par M. Paillet, au nom de la commission, qui a présenté la loi à l'Assemblée législative.

Le tribunal de Vendôme a consacré ce système en faveur des commissaires-priseurs le 10 octobre 1851 [1].

Pour les notaires appelés à se défendre devant ce tribunal, on a concédé que les ventes dont il s'agit sont toutes des ventes judiciaires; mais on a argumenté d'une jurisprudence constante qui, antérieurement à la loi de 1851, avait établi que les ventes de fruits et de récoltes ne rentraient pas dans les attributions des commissaires-priseurs, qu'elles appartenaient *exclusivement* aux notaires; et on a soutenu que la loi de 1851 ayant laissé ces ventes sous l'empire des anciens principes, le droit exclusif des notaires avait été maintenu.

Depuis lors, deux autres systèmes ont été présentés.

Selon le premier, ces mots *ventes volontaires* seraient l'opposé de *ventes forcées*. Les ventes volontaires comprendraient toutes celles qui sont faites volontairement avec ou sans formalités judiciaires, et la concurrence existerait pour toutes ces ventes entre les quatre classes d'officiers publics, même dans le lieu de la résidence des commissaires-priseurs. Les ventes forcées, celles qui ont lieu par suite de saisie-brandon, seraient les seules pour lesquelles les anciens principes auraient été maintenus.

Le second système limite à un très-petit nombre de cas les circonstances où les fruits, récoltes et coupes de taillis devront être faites exclusivement par les notaires. Ces cas sont ceux où la vente doit avoir lieu en vertu de l'ordonnance du président ou d'un jugement du tribunal. Alors dans cette opinion la vente est judiciaire.

Mais cette opinion reconnaît en même temps que toutes les

[1] *Journal des Notaires*, art. 14, 478.

fois qu'un administrateur tient de sa qualité le droit de vendre de gré à gré les fruits pendants par racines, récoltes sur pied et coupes de taillis, la vente publique de ces objets n'en est pas moins une vente volontaire qui peut être faite en concurrence même dans le lieu de la résidence d'un commissaire-priseur, par un notaire, un greffier de justice de paix, un huissier ou un commissaire-priseur.

Telles sont les quatre opinions que nous nous proposons d'étudier dans cette dissertation.

Disons-le de suite, c'est ce dernier système qui nous paraît préférable.

Nous avons eu, au premier aperçu, quelques tendances en faveur de l'opinion qui établissait la concurrence pour tous les cas autres que celui de saisie-brandon. Nous indiquerons les motifs qui nous ont éloigné de cette solution.

Il nous a toujours été impossible d'admettre dans leur généralité les principes soutenus de part et d'autre devant le tribunal de Vendôme. Si nous avions eu à choisir entre ces deux opinions extrêmes, nous aurions certainement été d'un avis contraire au jugement, soit avant, soit depuis la loi de 1851. Les commissaires-priseurs, huissiers et greffiers n'avaient aucun droit, selon nous, aux ventes de fruits et récoltes avant la loi nouvelle. Cette loi leur a donné la concurrence pour les ventes volontaires; mais si les ventes judiciaires ne sont pas comprises dans cette loi, elles appartiennent aux huissiers et commissaires-priseurs en cas de saisie-brandon, aux notaires dans tous les autres cas. C'est ce que nous essayerons de démontrer.

§ 2. — Avant la loi de 1851 la jurisprudence avait consacré le droit exclusif des notaires.

Les charges de commissaires-priseurs ont été créées dans les départements par la loi du 28 avril 1816.

Les questions de concurrence ont eu sérieusement dès lors l'occasion de se produire.

Dès le 7 mai 1818 [1], la Cour de Douai jugea que les notaires avaient le droit exclusif de faire les ventes publiques de coupes

[1] S. V., 20, 2, 53.

de bois, de fruits et de récoltes, même dans les villes où les commissaires-priseurs étaient établis.

Son arrêt fut cassé le 8 mai 1820[1]; mais la Cour de Paris, devant laquelle la cause avait été renvoyée, se prononça le 19 août 1820[2], dans le même sens que la Cour de Douai. D'après la Cour de Paris, les *effets mobiliers* dont les lois récentes[3] attribuaient la vente publique aux commissaires-priseurs, se composaient uniquement « *des choses susceptibles de tradition manuelle.* »

Un nouveau pourvoi fut formé, et le 1er juin 1822[4] la Cour de cassation, *sections réunies*, décida, contrairement à son premier arrêt « que, par ces mots *effets mobiliers*, il fallait entendre les choses qui sont meubles par leur nature ou par la » détermination de la loi, avant la vente ou au moment de la » vente, et non celles qui ne sont mobilisées que par l'effet de » la vente même, sauf les exceptions qui pourraient être portées » par les lois, et notamment celle introduite au Code de procédure civile, au titre de la *Saisie-brandon.* »

Elle consacra ainsi le droit exclusif, en faveur des notaires, de procéder aux ventes publiques de coupes de bois, de fruits et de récoltes.

Depuis lors jusqu'en 1851, la question ne s'est plus présentée entre les notaires et les commissaires-priseurs, mais elle a été souvent jugée contre les huissiers et les greffiers; on compte jusqu'à douze arrêts de la Cour de cassation, dont deux *émanant des Chambres réunies*, et tous, sans variation aucune, ont confirmé le droit exclusif des notaires[5].

[1] S. V., 20, 1, 277. — C. N., 6, 1, 201.

[2] S. V., C. N., 7, 1, 86.

En ce sens, Boncenne, *Théorie de la proc. civ.*, t. I, p. 606.

[3] Loi du 27 vent., an IX; — du 28 avril 1816, art. 89. — Ordonnance du 23 juin 1816.

[4] S. V., C. N., 7, 1, 86.

En ce sens, Merlin, *Répert.*, v° *Vente*, § 8, n° 5. — Additions, t. XVII.

[5] Rej., 18 juillet 1826 (S. V., C. N., 8, 1, 395). — 5 déc. 1827 (S. V., C. N., 8, 1, 717. — D. P., 28, 1, 148). — Cass., 10 déc. 1828 (S. V., C. N., 9, 1, 199. — D. P., p. 29, 1, 60). — 8 avril 1829 (S. V., C. N., 9, 1, 269. — D. P., 29, 1, 60). — Cass., *ch. réunies*, 8 juin 1831 (S. V., 31, 1, 225. — D. P., 31, 1, 212). — 29 juin 1831, *J. P.*, au 8 juin 1831. — 6 juillet 1831. — Cass., 4 juin 1834 (S. V., 34, 1, 402. — D. P., 34, 1, 456.) — Cass., *ch. réunies*, 11 mai 1837 (S. V., 37, 1, 709. — D. P., 34, 1, 312. — P. 37, 1, 417). — Cass., 28 août 1838

En 1826, la Cour suprême a dit que les droits des greffiers et des huissiers devaient être fixés d'après les lois qui régissent les commissaires-priseurs; en 1838, elle a ajouté « que hors le » cas de la saisie-brandon, aucune disposition de loi ne permet » de donner aux fruits et récoltes une autre qualification que » celle qui résulte du Code civil (art. 520 et 521). »

La jurisprudence dont nous venons de rendre compte, se résume ainsi : les fruits et récoltes pendants par racines, qui d'ailleurs sont immeubles (C. Nap., art. 520 et 521), ne peuvent être considérés comme faisant partie des *effets mobiliers* dont les lois en vigueur attribuent la vente publique aux commissaires-priseurs. Le Code de procédure civile, au titre de la *Saisie-brandon*, a fait une exception; elle doit être restreinte à ce cas spécial : c'est le propre des exceptions de ne pouvoir être étendues, même par analogie.

§ 3. — Examen des objections.

Les attaques dirigées récemment contre cette jurisprudence constante nous engagent à la justifier.

L'article 1er de la loi du 25 ventôse an XI, comme toutes les lois qui l'ont précédé, a investi les notaires du droit de recevoir tous les actes et contrats, auxquels les parties *doivent* ou veulent faire donner le caractère d'authenticité.

La loi du 22 pluviôse an VII a interdit aux particuliers de vendre eux-mêmes publiquement, non-seulement les objets qui sont mobiliers au moment de la vente, mais encore ceux qui seront mobilisés quand la vente aura reçu son exécution [1]; c'est pour cela qu'elle énumère les *bois*, *fruits* et *récoltes*, parmi les objets dont la vente aux enchères doit être faite *par le ministère d'officiers publics ayant qualité pour y procéder* (art. 1er).

(S. V., 38, 1, 808.—D. P., 38, 1, 263.—P. 38, 2, 208.—Cass., 30 mai 1842 (S. V., 42, 1, 522. — D. P., 42, 1, 287.—P. 42, 2, 20).

Voir, en outre, Amiens, 21 nov. 1823,—*J. P.* à sa date.—Paris, 3 avril 1832. *Ibid.*—Paris, 4 juin 1834. *Ibid.*—Douai, 25 août 1834 (S. V., 34, 2, 530).—Douai, 11 mai 1837 (*J. P.*, 37, 1, 417).—Douai, 28 avril 1838 (*J. P.*, 38, 2, 208).—Paris, 1er juin 1840 (*J. P.*, 40, 2, 148).—Amiens, 31 déc. 1841 (S. V., 45, 2, 209).—*Id.*, 25 juin 1842 (*J. P.*, 42, 1, 148).—*Id.*, 30 mai 1843 (*J. P.*, 42, 2, 20.— Paris, 22 nov. 1848 (*J. P.*, 49, 209).—Caen, 24 juin 1847 (*J. P.*, 47, 2, 712).—Rouen, 10 août 1844 (S. V., 45, 2, 1, 180).

[1] La Cour de cassation a appliqué cette loi aux ventes de coupes de bois. — Cass., 22 mai 1832 (S. V., C. Nap., 7, 1, 77).

Le but de l'article 2 de cette loi a été d'assurer le payement des droits de mutation, puisqu'il prescrit une déclaration préalable à faire par l'officier public aux préposés de l'enregistrement, et inflige une amende dont la condamnation est poursuivie par cette administration [1] en cas de contravention.

Cette déclaration préalable est exigée afin que les agents du fisc puissent s'assurer que tous les objets adjugés ont été portés au procès-verbal, et qu'il ne s'opère pas à leur insu une mutation dont ils ne pourraient, plus tard, trouver la preuve.

On comprend que ce danger existait non-seulement pour les meubles corporels et les créances, objets mobiliers avant la vente, mais encore pour les récoltes qui devaient être enlevées par l'adjudicataire, et dont la mutation ne pouvait pas être établie par l'administration de l'enregistrement comme celle d'un immeuble ayant une assiette fixe, dont la possession se révèle toujours par des actes apparents et dont la tradition peut être facilement surveillée. Ainsi s'expliquent les prescriptions du législateur.

La loi de l'an VII ne détermine pas l'officier public qui devra procéder à l'adjudication : quel qu'il soit, il devra faire la déclaration; c'est là ce que la loi a dit et ce qu'elle devait dire.

Il ne faut donc pas, comme on l'a prétendu [2], voir dans la loi de l'an VII l'intention d'attribuer un caractère mobilier aux ventes de récoltes ; ce serait la détourner de son but, de son sens véritable; le législateur ne s'est pas occupé de cette question.

Que reste-t-il alors? l'obligation de recourir à un *officier public ayant qualité.*

Or, c'est aux notaires que la vente publique des récoltes doit être attribuée, comme acte *auquel les parties doivent donner l'authenticité* [3], à moins qu'une loi spéciale ne soit venue apporter une exception à ce principe général.

On a voulu chercher cette exception en faveur des commissaires-priseurs, avant la loi de 1851, dans les anciens édits et dans les arrêts des parlements; mais les lois des 21-26 juillet 1790 et 17 septembre 1793, en supprimant, d'une manière radicale et absolue, les fonctions des maîtres-priseurs, des jurés-priseurs, des huissiers royaux, au profit desquels ces arrêts,

[1] Rej., 17 juillet 1827.
[2] Rapport de M. Paillet, *Moniteur* du 15 mars 1851.
[3] Voir l'arrêt de la Cour de Paris, du 22 novembre 1849 (note 5, p. 6 et 7).

ces édits, ont été rendus, ont enlevé leur valeur juridique aux conséquences de ces édits et de ces arrêts.

On pourrait dire même que l'institution des commissaires-priseurs constitue une nouvelle création, qui remonte à l'an IX pour Paris, à 1816 pour les départements[1]; que les lois qui ont établi ces fonctions ont abrogé les arrêtés provisoires des consuls des 12 fructidor et 27 nivôse an V, qui, d'après leur texte même, ne remettaient quelques anciens édits en vigueur que *jusqu'à ce que le corps législatif en eût autrement ordonné*; que cette abrogation, résultant des lois de l'an IX et du 28 avril 1816, a paru si certaine, que le 1er mai 1816, deux jours après cette dernière loi, les commissaires-priseurs de Paris obtenaient une ordonnance du roi qui remettait en vigueur l'arrêt du conseil du 13 novembre 1778, arrêt qui est étranger à la question qui nous occupe, mais qui contient des règles à suivre par les notaires, les huissiers ou sergents royaux, et renouvelle la défense aux particuliers de procéder aux ventes publiques de meubles[2].

Si les notaires prétendaient aussi que les anciens édits leur attribuaient les renonciations à communauté et à succession, les procès-verbaux de carence, les ordres judiciaires, et qu'ils donnaient aux notaires de Paris le droit d'exercer dans tout le royaume, on leur répondrait que tout cela leur est enlevé par les lois en vigueur. Le même raisonnement pourrait s'appliquer aux commissaires-priseurs.

Il y aurait, en outre, trop de choses à dire sur les anciens édits, les anciens arrêts, dont les commissaires-priseurs réclament le bénéfice; ils sont, en général, assez contradictoires pour qu'on puisse les invoquer des deux côtés: mais, sainement entendus, ils doivent être ramenés à cette idée générale, que les jurés priseurs et autres n'avaient d'attribution que pour les *prisées, exposition* et *ventes* de biens meubles, idées qui se concilient peu avec les ventes de récoltes.

« Le mot *exposition*, ne pouvant s'appliquer ni aux biens et » droits incorporels, ni aux immeubles, aurait pu suppléer à » toute autre explication..... et presque tous uniformes dans

[1] Loi du 27 ventôse an IX; — du 28 avril 1816, et ordonnance du 28 juin 1816.

[2] Cette ordonnance est rendue sur le vu du mémoire de la Chambre des commissaires-priseurs de Paris.

» leur rédaction, depuis 1556 jusqu'en 1780, ces édits et ces » ordonnances ont offert à votre commission dans les mots *pri-* » *sées*, *exposition*, *ventes de meubles*, un sens clair et positif, » disait le rapporteur d'un projet de loi soumis, le 24 février 1817, à la Chambre des députés. Dans ce projet, le gouvernement voulait donner aux commissaires-priseurs « *une indemnité du* » *fort cautionnement auquel ils avaient été soumis;* » il proposait d'étendre leurs attributions, en invoquant les anciens édits. La commission les réfutait et repoussait le principe du projet, qui fut rejeté. Voilà déjà une première appréciation de ces édits [1].

En 1822, on les invoqua devant la Cour de cassation qui n'y eut point égard dans son arrêt solennel du 1er juin.

En 1831, encore devant les Chambres réunies, on reproduisait la même argumentation admise par la Cour de Rouen, rejetée par la Cour de Paris, dont les deux arrêts successifs dans la même affaire formaient l'objet du dernier pourvoi, et le rapporteur disait [2] : « La Cour de Paris paraît avoir abandonné ce » moyen : il était, en effet, bien difficile de trouver, soit dans » ces règlements, soit dans les arrêts invoqués, une solution » bien précise et d'en faire ressortir que les attributions des ju- » rés-priseurs eussent été étendues au delà de ce qui est indi- » qué par le titre de *priseurs et vendeurs de meubles*. Dès lors, » il ne faut pas se demander s'il y a quelque loi ou quelque rè- » glement qui ont dérogé sur ce point aux anciens principes: » si le principe lui-même n'est pas certain, on n'a pas besoin » d'une dérogation expresse. »

Dans son réquisitoire, M. le procureur général Dupin ajoutait [3] :

« Les anciennes lois intitulaient les priseurs, *vendeurs de* » *meubles;* si cette désignation n'a rien de positif, le mode de » vente indiqué, savoir : la prisée, l'inventaire, *l'exposition* » prouvent qu'il s'agit d'objets qu'on peut inventorier, *exposer*, » *mettre sur la table*, en un mot, d'effets mobiliers. »

Après tant d'échecs consécutifs subis par les anciens édits, il devient évident que c'est aux lois actuelles qu'il faut s'en tenir pour déterminer l'étendue des fonctions créées par ces lois.

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Vente*, § 8, art. 3, addit., t. XVII, p. 849 et 850.
[2] S. V., 31, 1, 226.
[3] Roll. de Vill., *Journal*, art. 1213.

Or, pour les notaires, c'est la loi du 25 ventôse an XI; pour les commissaires-priseurs, celles de l'an IX et de 1816 : l'une générale, les autres exceptionnelles.

Recherchons donc l'esprit de la loi du 27 ventôse an IX. C'est la première qui ait introduit l'exception. Nous trouvons l'intention du législateur expliquée dans l'exposé des motifs.

Les commissaires-priseurs, dit cet exposé, ont été créés à Paris[1] « pour supprimer de scandaleux encans.... *où les objets* » VOLÉS trouvent un recel facile, où l'on N'EXPOSE que des mar- » chandises inférieures....., et afin de rendre au commerce lé- » gitime des *marchands en boutique* les occasions de vendre, » dont ces encans les privent. »

Ces motifs peuvent-ils s'appliquer aux ventes de récoltes pendantes par racines? Ces récoltes peuvent-elles être *volées, exposées* en vente? Et leur mise aux enchères est-elle un *encan* portant préjudice aux *marchands en boutique?*

Ces paroles du législateur limitent nécessairement l'étendue des mots *effets mobiliers*, dont la vente exclusive est attribuée aux commissaires-priseurs créés par cette loi.

L'article 89 de la loi du 28 avril 1816, donne au roi la faculté de nommer des commissaires-priseurs « dont les attributions » seront les mêmes que celles des commissaires-priseurs éta- » blis à Paris par la loi du 27 ventôse an IX. »

La première loi explique donc la seconde, et lorsque l'ordonnance du 22 juillet 1816 a institué les commissaires-priseurs dans les départements, elle n'a pas augmenté leurs attributions : elle ne le pouvait pas, puisqu'elle n'était que l'exécution de la loi; elle ne l'a pas voulu, puisque dans son article 12, elle leur fait défense d'exercer la profession de marchand de meubles, de fripier, de tapissier, prohibitions qui se comprennent en restreignant le sens de l'ordonnance aux *effets mobiliers avant la vente*, mais qui ne se comprendraient pas en les étendant aux ventes de récoltes pendant par racines.

Le texte même de l'article 1 de cette ordonnance en détermine l'étendue. « Les commissaires-priseurs nouvellement nom- » més, porte cet article... feront exclusivement *les prisées de* » *meubles* et *ventes publiques aux enchères* qui auront lieu dans » le chef-lieu. »

[1] Dalloz, v° *Commissaires-priseurs*, nouv. édit., n° 7.

L'idée de *prisée* jointe à celle de la vente indique suffisamment de quels objets on a voulu parler. C'est le seul texte qui ait défini les attributions des commissaires-priseurs, c'est celui qu'ils invoquent; il repousse énergiquement leur prétention, surtout en le rapprochant des lois de l'an IX et de 1816.

Ces lois, nous l'avons dit, sont une exception; on ne doit pas les interpréter de manière à les étendre, c'est un principe certain, que le Conseil d'État a maintenu rigoureusement en 1818[1].

Cependant, on argumente, en faveur de cette extension, de la loi du 22 frimaire an VII (art. 69, § 5), qui tarife les ventes de récoltes comme mobilières[2].

Mais le droit n'est dû que lorsque la mutation est opérée, lorsque la vente est accomplie, et il s'agit ici précisément de savoir par qui doit être dressé l'acte qui opère cette mutation. Les récoltes sont immeubles au moment où on les met en vente; elles sont meubles lorsqu'elles sont devenues la propriété de l'acheteur. C'est celui-ci qui est passible du droit; entre ses mains l'objet imposable est meuble et la loi fiscale accepte cette qualification parce que son débiteur n'a jamais possédé qu'un meuble.

Pour déterminer l'aptitude de l'officier public qui doit procéder à la vente, il faut se reporter, non pas au moment où la vente est accomplie, mais bien au temps antérieur; il faut examiner alors si, avant la vente, l'objet que l'on va mettre aux enchères rentre ou non dans l'exception introduite par les lois précitées en faveur des commissaires-priseurs.

La loi du 22 frimaire an VII n'est donc d'aucune influence pour la solution de la question.

§ 4. — Analyse de la discussion de la loi du 5 juin 1851.

Les concurrents des notaires, forcés de reconnaître que la loi ne leur donnait pas le droit qu'ils revendiquaient, ont cherché, par des pétitions multipliées, à l'obtenir du législateur.

D'après eux, les notaires n'étaient pas assez nombreux pour suffire aux ventes dont il s'agit. Les chambres législatives ont pensé qu'il en était ainsi, et après des débats qui se sont pro-

[1] Avis du Conseil d'État, 18 août 1818; — Dalloz, v° *Commissaires-priseurs*, n° 9, nouv. édit.

[2] Rapport de M. Paillet, *Moniteur* du 15 mars 1851.

longés pendant plusieurs années, le différend a été tranché par la loi du 5 juin 1851.

Pour apprécier l'esprit de cette loi, il faut faire connaître la discussion qui l'a précédée. Il faut surtout en voir l'ensemble. Nous allons donc analyser cette discussion.

Le rapporteur a expliqué [1] que la loi avait pour but de faire cesser une lutte d'attributions par une solution conforme à l'intérêt général.

La commission chargée de rédiger le projet de loi a pensé que, pour établir entre les commissaires-priseurs, les greffiers, les huissiers et les notaires, *une concurrence* favorable à l'intérêt public, on devait considérer les ventes de bois taillis, fruits et récoltes pendants par racines, comme mobilières, et cela malgré le texte des articles 520 et 521 du Code civil, qui réputent ces objets comme immeubles; contrairement encore aux arrêts nombreux de la Cour de cassation, qui considèrent ces ventes comme immobilières : elle ajoutait « que s'il y avait doute, » ce serait *pour la concurrence* qu'il faudrait se prononcer. »

En lisant avec attention le rapport de la commission, on verra qu'elle s'est surtout attachée à démontrer que la Cour de cassation avait mal interprété les articles 520 et 521 du Code civil (nous reviendrons plus tard sur ce point); mais ce rapport a négligé de parler de l'interprétation donnée par cette Cour aux lois spéciales qui concernent les commissaires-priseurs. C'est cependant l'objet principal des décisions de la Cour suprême. En sorte que la commission s'est attachée à un motif accessoire, sans attaquer le motif principal.

On doit faire remarquer qu'au moment où la commission proposait cette solution, le projet de loi comprenait toutes les ventes publiques de fruits et récoltes, sans distinction entre les ventes volontaires et les ventes judiciaires; et même tous les objets adhérents au sol vendus pour en être détachés.

La question de concurrence entre les notaires, les huissiers, les greffiers, d'une part, les commissaires-priseurs, de l'autre, dans le lieu de leur résidence, se posait donc d'une manière générale, et, quelle que fût la forme de la vente; voici comment elle fut résolue :

« Les commissaires-priseurs, dit le rapporteur de la commis-

[1] Séance du 10 mars 1851 (*Moniteur* du 15 mars).

» sion [1], ont objecté que, du moment où l'on reconnaissait aux » fruits et récoltes un caractère mobilier, c'était à eux seuls de » les vendre *dans le lieu de leur résidence*, sauf concurrence au » dehors seulement... La commission n'a pas cru devoir s'arrêter » à cette objection, elle a considéré : 1° que la loi nouvelle avait » un objet tout spécial, et, pour ainsi dire, transactionnel sur un » point qui avait divisé la jurisprudence, et qu'elle laissait intact » sur tout le reste le droit exclusif assuré aux commissaires- » priseurs par les lois de leur institution ; 2° *qu'au point de vue » d'intérêt général, la concurrence était préférable pour les ventes » des fruits et récoltes, surtout dans les localités où il n'existe » qu'un seul commissaire-priseur.* »

Assurément la question eût été tranchée par ce passage de l'exposé des motifs, si la loi avait été votée telle qu'elle était proposée par la commission. Quel que fût le mode de la vente, que celle-ci fût volontaire ou forcée, autorisée ou non par justice, la concurrence existait entre les notaires, huissiers, greffiers et commissaires-priseurs.

Comme on le voit, le désir seul d'établir la concurrence avait déterminé la commission à admettre un principe contraire au texte du Code civil; mais, si ce principe devait aller jusqu'à consacrer un droit exclusif en faveur des commissaires-priseurs, la commission le repoussait. Cela va devenir plus évident encore.

En effet, M. Sautayra [2], l'un des membres de l'Assemblée législative, demanda la consécration de ce droit exclusif en faveur des commissaires-priseurs, pour toutes les ventes de fruits et récoltes dans le lieu de leur résidence.

Le rapporteur combattit cet amendement en disant [3] : « M. Sau- » tayra ne conteste pas le principe du projet de loi qui consiste » à établir *la concurrence* entre les quatre classes d'officiers mi- » nistériels pour la vente des fruits et récoltes; seulement il de- » mande une exception à ce principe en faveur des commissaires- » priseurs...; mais deux motifs ont déterminé la commission, » comme l'auteur de la proposition, à admettre la concurrence. » Le premier se tire du caractère même du projet de loi : c'est » un traité de paix entre les intérêts rivaux... Le principe de la » concurrence a été constamment admis... La commission a

[1] *Moniteur* du 15 mars 1851.

[2] Séance du 3 avril 1851 (*Moniteur* du 4 avril, supplément n° 94, p. 983).

[3] *Moniteur* du 4 avril 1851, p. 984.

» pensé qu'au-dessus des intérêts de profession, il y avait l'in-
» térêt public qu'il fallait consulter. Elle a pensé que la concur-
» rence devait avoir lieu partout, *sans aucune exception*, et qu'il
» importait à ceux qui avaient à faire des ventes de cette nature
» d'avoir un choix libre parmi les officiers publics que leurs
» fonctions familiarisent avec ces sortes d'opérations. Elle a
» pensé d'ailleurs, d'après les statistiques..., qu'il pourrait ar-
» river, dans telle localité où il n'existe qu'un commissaire-
» priseur, qu'il fût insuffisant pour les ventes de cette nature,
» qui se font en général à la même époque. »

Un membre de l'Assemblée ajoute : « *Ils ne suffiraient presque nulle part.* »

Et le rapporteur continue : « Enfin la commission a considéré
» que, si la demande des commissaires-priseurs était fondée
» sur le principe général qui les protége, cependant, dans le
» cas particulier, ils pouvaient se montrer d'autant moins exi-
» geants, que, dans le dernier état de la jurisprudence, la con-
» currence même leur était refusée... »

Après ces explications, l'amendement, n'étant pas appuyé, n'a même pas été mis aux voix.

A ce moment de la discussion, il faut le rappeler, ces principes étaient posés pour toutes les ventes de fruits et récoltes, sans distinction aucune, et même, afin qu'un doute ne fût pas possible, on ajouta à l'article 2 du projet, qui établissait le tarif de ces ventes, que ce tarif serait « *commun aux ventes volon-* » *taires ou judiciaires* [1]. »

Tout ceci se passait à la seconde lecture de la loi. Lors de la troisième lecture, quelques orateurs demandèrent que le droit exclusif consacré par la jurisprudence en faveur des notaires, fût sanctionné par la loi nouvelle. Ils cherchèrent à établir que ce droit avait toujours appartenu [2] aux notaires. M. Sainte-Beuve prétendit, au contraire, que ce droit appartenait aux commissaires-priseurs, et rappela l'arrêt de la Cour de cassation du 8 mars 1820, dont pourtant la Cour avait infirmé la doctrine. Enfin le rapporteur de la commission, combattant l'un et l'autre système, dit [3] : « Nous n'avons pas ici à juger un procès entre

[1] *Moniteur* du 4 avril 1851, p. 984, 3e colonne.

[2] Amendement de MM. Flandin et Lequien (séance du 2 juin). — *Moniteur* du 3 juin 1851, p. 1562.

[3] *Moniteur* du 3 juin 1851, p. 1563 et 1565.

» les notaires et les commissaires-priseurs, vous n'appliquez par » les lois, vous les faites..... La concurrence a été admise dans » tous les projets de loi qui se sont succédé depuis 1831..... » C'est le principe que nous vous proposons de consacrer..... » Il s'agit de choisir entre le principe de la concurrence et celui » du privilége. »

L'amendement qui avait pour but de réserver aux notaires, et aux notaires seuls, toutes les ventes de fruits et récoltes sans distinction aucune, fut rejeté par 388 voix contre 221 qui l'admettaient [1].

En présence de ce résultat presque favorable aux notaires, un nouvel amendement fut proposé par M. Baze [2]. Selon lui les ventes de récoltes et fruits *annuels* devraient être faites en concurrence; toutes les autres par les notaires.

Cet amendement fut renvoyé à la commission, et son rapporteur rendit compte en ces termes de l'examen auquel elle s'était livrée [3] :

« La commission n'a pas pensé que l'amendement dût être » accepté dans les termes où il est formulé..... le caractère mo- » bilier des fruits et récoltes, une fois reconnu, *la conséquence* » *nécessaire est la concurrence entre les diverses classes d'officiers* » *compétents pour ces sortes de ventes.*

» Toutefois, les observations échangées au sein de la com- » mission l'ont amenée à vous proposer dans le texte de l'art. 1er » du projet certaines modifications.

» Ainsi la commission a pensé :

« 1° *Qu'il convenait de restreindre le projet aux ventes publi-* » *ques* VOLONTAIRES, *afin qu'il fût bien entendu que les* VENTES » JUDICIAIRES *demeurent soumises au Code de procédure civile et* » *aux lois spéciales qui les régissent;*

» 2° Qu'il fallait déterminer avec plus de précision l'objet par- » ticulier de la loi en ne l'appliquant qu'aux fruits et récoltes » pendants par racines, aux coupes de taillis et aux coupes amé- » nagées de haute futaie.....

« *La commission a été touchée de cette considération que, lorsque* » *la vente sort des limites d'une simple administration, elle peut* » *affecter le fonds lui-même par suite des droits réels qui appar-*

[1] *Moniteur* du 4 juin 1851, p. 1575.
[2] *Ibid.*
[3] *Moniteur* du 5 juin 1851, p. 1584.

» *tiennent aux tiers, et que dès lors elle s'écarte de ce caractère de* » *régularité et de simplicité qu'il importe de lui* CONSERVER *au* » *point de vue* DE LA COMMUNE (*sans doute de la concurrence*) *entre* » *les divers officiers publics.*

» 3° C'est par le même motif que la commission retranche » ces mots : *et autres objets adhérents au sol vendus pour en être* » *détachés*, dont la généralité pourrait donner lieu dans la pra- » tique à des discussions qu'il est préférable d'éviter en s'en ré- » férant au droit commun.....

» Voici donc l'article 1er tel que la commission a l'honneur » de vous le proposer :

» *Les ventes publiques* VOLONTAIRES, *soit à terme, soit au comp-* » *tant, des fruits et récoltes pendants par racines,* de coupes de » bois taillis *et de coupes aménagées de hautes futaies,* seront faites » en concurrence et au choix des parties, par les notaires, les » commissaires-priseurs, les huissiers et les greffiers de justice » de paix, même dans le lieu de la résidence des commissaires- » priseurs. »

Une discussion s'engagea sur les ventes *à terme* que l'on voulait réserver aux notaires. La distinction fut rejetée. Enfin M. Baze précisant le sens de la nouvelle rédaction proposée, s'exprima ainsi [1] : « *Dans le sein de la commission je me suis ac-* » *cordé avec elle, sauf un seul point, par un article nouveau qui* » *vous a été présenté par M. le rapporteur.....* »

Le dissentiment portait sur *les coupes aménagées de hautes futaies* qui après discussion ont été, comme le demandait M. Baze, retranchées du texte.

Celui-ci ajouta :

« *Il n'y pas de deuxième paragraphe pour déterminer l'attri-* » *bution exclusive des notaires; la commission n'a pas pensé que* » *ce fût nécessaire parce que l'attribution faite en commun aux* » *notaires, aux commissaires-priseurs, huissiers et greffiers,* » COMPRENANT ABSOLUMENT TOUT CE QUI APPARTIENT A CETTE AT- » TRIBUTION, TOUT CE QUI N'Y EST PAS NOMMÉMENT RENFERMÉ EST » RÉSERVÉ NATURELLEMENT AUX NOTAIRES. *Ainsi le départ que j'a-* » *vais proposé se trouve bien fait par la proposition de la commis-* » *sion, de même qu'il l'était par mon amendement; seulement*

[1] *Moniteur* du 5 juin, p. 1586.

» *il est explicite quant à une partie, et implicite quant à l'autre.* »

Le surplus de la discussion qui a précédé la loi du 5 juin 1851, est étranger à la question qui nous occupe.

§ 5. — Le droit exclusif des commissaires-priseurs a été formellement rejeté par le législateur de 1851, à l'égard des ventes autorisées par justice.

L'importance de cette discussion nous a entraîné dans de longs détails, mais ils étaient nécessaires pour faire comprendre l'esprit de la loi. Voici en effet les conséquences qu'on doit en tirer.

C'est parce que le nombre des notaires a été jugé trop restreint pour répondre à celui des ventes de récoltes que la concurrence a été sollicitée.

Les commissaires-priseurs étant moins nombreux que les notaires, un droit exclusif en leur faveur, réduit même aux ventes judiciaires, présenterait les mêmes inconvénients et de plus graves encore.

Ce droit exclusif en leur faveur a été réclamé non-seulement pour les ventes volontaires, mais encore pour les ventes judiciaires; il a été refusé pour le tout, non-seulement par la commission, mais encore par l'assemblée *à l'unanimité.*

Le même droit a été demandé pour les notaires; plus du tiers des votes émis par l'Assemblée législative lui a été favorable.

On a reconnu que toutes les ventes de fruits et récoltes qui sortiraient des simples actes d'administration excéderaient les pouvoirs que la loi a confiés aux commissaires-priseurs.

S'ils avaient, comme ils le prétendent, le droit exclusif de procéder aux adjudications *judiciaires*, ce droit s'étendrait même aux ventes que le législateur leur a refusées. Ils ne vendraient pas la superficie d'une *forêt aménagée en haute futaie*, si la vente est faite pour un majeur; eux seuls au contraire auraient droit de procéder à cette vente, si elle devait être précédée de formalités judiciaires.

Supposons, avec les partisans de l'opinion contraire à la nôtre, qu'un tuteur, un héritier bénéficiaire aient à vendre la superficie d'un bois taillis. Si l'acheteur fait faillite, le prix de vente ne sera garanti ni par un privilége (Code de comm., art. 550), ni par le droit de revendication (art. 576, Code de comm.), ni même par le droit de rétention (Code de comm., art. 577), dès

que l'exploitation est commencée [1]; c'est du moins ce qui résulte du dernier état de la jurisprudence.

Un vendeur majeur s'adresserait à un notaire et stipulerait dans le cahier des charges des conditions de garantie, exigerait même que l'adjudicataire lui conférât une hypothèque par le procès-verbal d'adjudication. Rien de tout cela, d'après le système que nous combattons, pour les mineurs, les héritiers bénéficiaires, les administrateurs judiciaires; ils devraient fatalement s'adresser à un commissaire-priseur qui ne peut assurer les mêmes garanties. Ce dernier ne pourra dresser qu'un procès-verbal dont l'authenticité est douteuse [2], que l'adjudicataire ne signe pas dans l'usage, qui ne sera pas exécutoire, et pour lequel, en cas de difficulté, il faudra toujours recourir à un jugement.

Telle n'a pu être l'intention du législateur.

§ 6.— Le droit des notaires a été consacré, au contraire, pour les ventes précédées de formalités judiciaires qui ne sont pas régies par la loi de 1851.

Pour arriver aux conséquences que nous venons de signaler, on dit : La loi de 1851 n'a établi la concurrence que pour les *ventes volontaires;* quant aux *ventes judiciaires,* elle n'en parle pas; le rapporteur a même dit expressément que les ventes *judiciaires* restent soumises aux anciennes lois. Laissons donc de côté le texte de la loi de 1851, en ce qui concerne les ventes judiciaires, et par ces mots *ventes judiciaires,* on doit entendre toutes les ventes forcées et toutes celles pour lesquelles il faut remplir des formalités judiciaires.

Mais à côté de la loi, ajoute-t-on, il y a le rapport de la commission, il y a les discours des orateurs qui ont été entendus; ils ont dit, alors même qu'il s'agissait encore des ventes judiciaires, que toutes les ventes de fruits et récoltes étaient des ventes *mobilières* qui rentrent dans la classe de celles qui sont attribuées aux commissaires-priseurs. M. Sainte-Beuve a prouvé que c'est par erreur que la jurisprudence avait décidé le contraire.

Le législateur a donc manifesté sa volonté de considérer

[1] Cass., 9 juin 1845 (S. V., 45, 1, 658). — 4 août 1852 (S. V., 52, 1, 705). — Nancy, 24 décembre 1829 (S. V., 30, 2, 60). — Paris, 8 août 1845 (S. V., 45, 2, 540). — Amiens, 12 janvier 1849 (S. V., 49, 2, 149). — Voir en sens contraire, toutefois, *Revue critique de législ.*, t. III, p. 417.

[2] *Moniteur* du 6 juin 1851, p. 1595.

toutes les ventes de fruits et récoltes comme des ventes mobilières.

S'il en est ainsi, toutes les ventes de cette nature, pour lesquelles la loi de 1851 n'a pas établi la concurrence, doivent être attribuées exclusivement aux commissaires-priseurs, lorsqu'elles sont faites dans le lieu de leur résidence. Or la loi de 1851 ne comprend pas les ventes judiciaires : donc elles reviennent aux commissaires-priseurs. On a fait encore d'autres objections que nous avons examinées ; attachons-nous à celle-ci.

Ces expressions *ventes judiciaires*, opposées à « *ventes volontaires*, » ont bien certainement, surtout en fait de meubles, le sens de ventes ordonnées ou autorisées par justice. Toute vente qui ne peut se faire que de l'autorité du magistrat est une *vente judiciaire* dans le sens propre du mot. Nous reviendrons plus tard là-dessus : on ne peut pas tout prouver à la fois.

Quant à présent, prenant ces mots dans cette signification, nous disons que les *ventes publiques volontaires* excluent de l'application de la loi de 1851 : 1° les ventes sur saisie-brandon, qui demeurent attribuées aux officiers dont la compétence était déterminée avant cette loi ; 2° et toutes les autres ventes pour lesquelles l'autorité de la justice est nécessaire : qu'en un mot, toute vente aux enchères de fruits et récoltes sur pied et de coupes de bois taillis, *qui n'est pas volontaire*, reste en dehors de la loi de 1851 et doit être réservée aux notaires.

La Cour de cassation, les Cours d'appel, dont nous avons indiqué les arrêts, considéraient, avant la loi de 1851, les ventes de récoltes et autres de même nature, comme ayant été attribuées exclusivement aux notaires, hors le cas de saisie-brandon.

Si les ventes *judiciaires* ne sont pas régies par la loi de 1851, elles le sont nécessairement par les anciennes lois, et alors la jurisprudence que nous venons d'indiquer leur est applicable.

L'avis de la commission en 1851, celui de quelques orateurs entendus n'ont qu'une valeur d'opinion individuelle, quand il s'agit d'interpréter les lois antérieures. Tous les arguments qu'on a fait valoir dans la discussion, les anciens édits que l'on a exhumés, et dont il ne faut peut-être pas trop rechercher l'origine, ont été soumis à l'appréciation de la Cour de cassation. Les arguments ont été repoussés, les édits écartés, pour s'en tenir avec raison aux lois actuellement en vigueur.

Toutes les raisons invoquées par la commission ne sont que le développement des motifs de l'arrêt de la Cour de cassation du 8 mars 1820, motifs contre lesquels cette Cour a protesté elle-même, depuis 1822, par douze arrêts successifs.

Mais on paraît attacher une telle importance à l'opinion de la commission, qu'il nous faut y revenir.

Lorsque cette commission proposait de considérer les ventes de récoltes et autres comme *ventes mobilières*, c'était dans le but avoué d'établir la concurrence, et de laisser à chacun, selon l'importance et la nature des objets mis en vente, la faculté de choisir l'officier public le plus apte pour assurer le succès de la vente, le recouvrement du prix, et pour prévenir les difficultés qui pourraient s'élever même à l'égard des tiers [1].

Mais aurait-elle admis le même principe si la conséquence avait été un droit exclusif en faveur des commissaires-priseurs, au lieu de la concurrence qu'elle voulait établir?

Évidemment non, car elle s'oppose elle-même à ce droit exclusif; elle s'y oppose avec énergie, l'Assemblée repousse ce droit à l'unanimité, et tout cela alors que, dans la discussion, il s'agissait non-seulement des ventes volontaires, mais encore des ventes judiciaires : réclamer ce droit exclusif en vertu de l'avis de la commission pour les ventes judiciaires, qui ne sont qu'une partie d'un tout pour lequel ce droit a été refusé, c'est faire dire à la commission le contraire de ce qu'elle a voulu. C'est faire plus encore, c'est méconnaître l'esprit de l'Assemblée qui a voté la loi, car on doit moins rechercher dans le commencement que dans la fin de la discussion le véritable esprit de la loi.

Après avoir rejeté le droit exclusif des commissaires-priseurs avec une telle unanimité qu'il n'y avait plus à y revenir, l'Assemblée discute celui des notaires; près de la moitié de ses membres admet ce droit en faveur de ces derniers, et alors M. Baze propose une distinction. Toute vente volontaire qui excède les bornes d'une simple administration est au-dessus des pouvoirs des commissaires-priseurs. L'Assemblée le reconnaît et réserve tout le surplus aux notaires.

Peut-on dire qu'en exprimant cette réserve seulement pour les ventes *volontaires*, elle a voulu ainsi attribuer tout ce sur-

[1] *Moniteur* du 15 mars 1851.

plus, ces ventes si importantes, aux commissaires-priseurs, par cela seul qu'elles devaient être autorisées par la justice? mais la discussion de la loi, du commencement à la fin, repousse cette idée.

Tout indique que, s'il avait fallu pour le renvoi des ventes, à quelque somme qu'elles s'élèvent, quelle que soit la nature des objets mis en vente, choisir entre les notaires et les commissaires-priseurs, ce sont les notaires qui auraient été préférés. Les ventes peu importantes auraient suivi le sort de celles dans lesquelles des intérêts bien autrement graves peuvent être engagés.

Le législateur aurait donné la préférence à un officier public chez qui la loi exige expérience et instruction, tandis qu'elle ne requiert pas de l'autre une pareille justification d'études préalables et d'intelligence des affaires.

Lorsqu'une vente mobilière a lieu, l'intérêt des parties n'a rien de complexe; l'acquéreur prend possession de l'objet vendu, le vendeur reçoit son prix, tout est fini. Il n'en est pas ainsi pour les ventes de récoltes; au moment où les parties se rapprochent pour former leur convention, le droit de l'acquéreur n'est encore qu'une espérance. Jusqu'à ce que le fait soit venu au secours du droit, bien des complications peuvent se produire, et les notaires seuls ont le pouvoir de créer le titre qui a précisément pour objet d'assurer l'exécution de la vente.

La préférence qui leur aurait été accordée se justifierait donc, tandis que tout repousse celle que réclament les commissaires-priseurs.

La commission a dit dans son rapport que les ventes de fruits, récoltes et autres objets adhérents au sol devaient être considérées comme des ventes mobilières, parce qu'il fallait s'attacher à l'intention de celui qui vend ces objets pour qu'ils soient détachés du sol et mobilisés [1]; la Cour de cassation a pensé au contraire que l'intention seule ne suffit pas pour opérer cette transformation. Le raisonnement de la Cour suprême nous paraît plus juste en droit. Il ne suffit pas que je dise que je veux vendre ma maison pour qu'elle soit vendue; mais nous n'avons pas ici à discuter cette question, et nous nous bornons à faire remarquer que si le principe énoncé par la commission est vrai

[1] *Moniteur* du 25 mars 1851, p. 751.

et s'applique à tout ce qui n'est pas compris dans la loi de 1851, ce ne serait pas seulement aux *ventes judiciaires* de récoltes qu'il faudrait le limiter; il s'étendrait à tous les objets adhérents au sol, vendus par le propriétaire pour en être détachés, *aux coupes aménagées de haute futaie* que le législateur a réservées en termes formels aux notaires.

Que résulte-t-il de cette opinion inadmissible?

C'est que l'on prend dans le rapport un principe que ce rapport a pu proclamer, alors que la commission voulait étendre la concurrence à tous les objets adhérents au sol, mais qui a été nécessairement restreint par le vote définitif de la loi aux objets spécialement désignés dans cette loi.

Enfin, et c'est par là que nous terminons, le législateur n'a pas entendu changer les lois existantes, ni les interpréter, il a voulu, comme nous venons de le dire, et pour certains objets seulement, établir un nouveau principe, qu'il faut restreindre aux ventes volontaires de ces objets; cela est prouvé par la discussion même de la loi.

Au dernier moment de cette discussion, M. Boinvilliers disait[1] : « Ces messieurs ne vous demandent pas de changer la » loi, ils vous demandent seulement, chose étrange, de décré» ter législativement que les conséquences à tirer de l'arti» cle 520 du Code Napoléon ne sont pas celles que la magis» trature en tire depuis vingt ans. »

Et M. Crémieux, qui défendait le droit des commissaires-priseurs, répond : « Il est bien certain que, s'il n'y avait à dé» cider qu'une question de jurisprudence, les Assemblées » n'auraient jamais été saisies de l'examen de la loi dont il » s'agit.... Quelles sont vos fonctions à vous, messieurs? c'est » de porter une loi, non pour interpréter la loi actuelle, mais » pour donner aux tribunaux une règle d'avenir. »

Et c'est après ce dernier discours, sous ces impressions, que, même pour l'avenir, la commission reconnaît[2] « que, » lorsque la vente sort des limites d'une simple administration, » elle peut affecter le fonds lui-même, les droits réels qui ap» partiennent aux tiers, et que dès lors elle s'écarte de ce » caractère de simplicité qu'il importe de lui conserver au point

[1] *Moniteur* du 4 juin 1851, p. 1574.
[2] *Moniteur* du 5 juin 1851, p. 1584.

» de vue de la concurrence entre les divers officiers publics. »

C'est alors aussi que M. Baze ajoute, d'accord avec la commission, « *que l'attribution faite en commun, comprenant* » *absolument tout ce qui appartient à cette attribution, tout ce* » *qui n'y est pas nommément renfermé est réservé* NATURELLE- » MENT *aux notaires.* »

§ 7. — Qu'est-ce, en cette matière, que ventes *judiciaires* et ventes *volontaires?*

Arrivés à ce point de notre discussion, nous avons établi:

1° Que le droit accordé par la loi de 1851 aux commissaires-priseurs, huissiers et greffiers de justice de paix pour les *ventes volontaires* est un droit et une attribution nouvelle;

2° Que cette attribution est une fraction d'une attribution notariale, que les notaires conservent avec concurrence;

3° Qu'elle se borne, d'après le texte de la loi, aux ventes volontaires des objets qu'elle détermine;

4° Que, d'après le même texte, *volontaires* est l'opposé de *judiciaires;*

5° Qu'ainsi toutes les ventes *judiciaires* (hors le cas de saisie-brandon) de fruits pendants, de récoltes sur pied et de coupes de taillis demeurent réservées aux notaires.

Tout s'enchaîne dans cette explication: cependant il y a encore une difficulté à résoudre: quelles ventes doivent être considérées comme *judiciaires*, lorsqu'il s'agit d'appliquer la loi de 1851?

La solution dépend des termes de la loi et du sens des mots *ventes publiques volontaires.*

Pas de difficultés sur le sens des mots *ventes publiques*, ils signifient ici: « ventes aux enchères publiques par un officier compétent. »

La question porte sur le mot « *volontaires.* » Les uns prétendent qu'une vente, même entourée de formalités judiciaires, est *volontaire,* quand c'est la partie venderesse ou son administrateur qui la requiert, et opposent aux ventes volontaires, les ventes judiciaires que fait le créancier des biens de son débiteur. Quand le débiteur obtient de faire la vente à sa requête, en présence de son créancier, ils qualifient la vente de *volontaire.*

Ce sont les matières immobilières qui ont amené cette qualification.

La vente sur saisie immobilière purgeait les hypothèques et n'admettait la surenchère que du quart. Les autres ventes faites en justice des biens de mineurs et interdits, la vente du fonds dotal, les licitations entre cohéritiers, les ventes d'immeubles par les héritiers bénéficiaires ou par les curateurs à successions vacantes, les adjudications sur conversion de saisie immobilière en vente sur publications, laissaient l'acquéreur soumis aux formalités de la purge, et, de là, les questions qui se sont élevées, de savoir si elles étaient assujetties à une surenchère, et si c'était la surenchère du quart qu'il fallait appliquer à chaque espèce comme en saisie immobilière, ou celle du dixième, comme en aliénation volontaire. De là l'épithète de *volontaires*, donnée par la doctrine et par la jurisprudence aux ventes immobilières faites par autorité de justice, autres que la vente sur saisie immobilière.

Mais qu'on y fasse bien attention, cette épithète est toute relative à la matière. Elle est née de ce que, sous l'ancienne jurisprudence, la pratique avait inventé le *décret volontaire* pour donner à un acheteur d'immeuble le moyen de purger les hypothèques du chef de son vendeur; elle est née de l'usage antérieur au Code de procédure civile de faire des ventes volontaires à la requête de parties majeures, à l'audience des criées du tribunal de la Seine. En abolissant cet usage, lorsque les immeubles appartiendraient à des majeurs libres de disposer de leurs droits, lorsqu'il ne s'agirait que de ventes volontaires, et en introduisant la procédure sur conversion de saisie, par les art. 746 et 747 (aujourd'hui 743), le Code de procédure de 1807 a-t-il voulu qualifier de *volontaire* même la vente sur publications des biens saisis réellement?

Non : cela ne veut pas même dire que la vente sur conversion de saisie immobilière soit une vente volontaire. C'est toujours une vente forcée, mais elle participe aux avantages des ventes volontaires.

En droit, les ventes *par autorité de justice*, autres que *celles sur saisie*, ont toujours fait une classe distincte des ventes volontaires. Le mode de vente fût-il établi dans l'intérêt unique du propriétaire de la chose vendue, suffirait pour distinguer la vente par autorité de justice de la vente volontaire : c'est ce que disent formellement les articles 1649 et 1684 en refusant à l'acheteur l'action rédhibitoire et l'action en rescision pour

cause de lésion en toutes ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice.

Dès lors, les ventes d'immeubles appartenant à des mineurs, les licitations faites dans les formes judiciaires, les ventes de biens immeubles à la requête des héritiers sous bénéfice d'inventaire, ou à celle du curateur à une succession vacante, l'aliénation du fonds dotal dans les cas permis par l'article 1588 du Code Napoléon, sont des ventes faites d'autorité de justice ou par autorité de justice, et, sous ce rapport, ne peuvent être qualifiées de ventes volontaires. Elles sont toutes ventes *judiciaires*.

Ce que nous venons de dire des ventes d'immeubles, doit s'appliquer aux ventes de meubles.

Les ventes sur saisie-exécution et sur saisie-brandon sont certainement *ventes judiciaires*.

Mais les ventes faites des meubles de la succession par les héritiers majeurs, quand il y a des opposants ou que la majorité des héritiers juge la vente nécessaire pour l'acquit des dettes et charges (C. N., 826); celle faite avec l'autorisation du président par l'héritier présomptif d'objets qui peuvent dépérir ou dispendieux à conserver (C. N., 726); la vente par l'héritier bénéficiaire et par le curateur à la succession vacante des meubles de la succession (C. N., 805; C. P., art. 945 et 989 et 1000), sont aussi des *ventes judiciaires* ou faites *d'autorité de justice*.

§ 8. — Conclusion.

Ceci posé, faudra-t-il en conclure que, dans tous les cas, la vente des récoltes pendantes et des coupes de taillis n'appartenant pas à des majeurs maîtres de leurs droits n'est demeurée en rien dans les attributions exclusives des notaires, parce que la commission aurait placé ces ventes dans les attributions communes, les récoltes et les coupes de bois taillis étant de simple administration?

Nous n'hésitons pas à répondre que non; car l'addition du mot *volontaire*, faite pour séparer les deux genres de ventes, serait superflue; et il faut nécessairement qu'elle ait un sens de conservation aux notaires pour quelques cas de leur ancienne attribution exclusive.

Faudra-t-il en conclure que, dans tous les cas où il ne s'agit

pas de majeurs maîtres de leurs droits, les notaires aient le droit exclusif?

Pas davantage, parce qu'il y a des administrateurs qui administrent assez pleinement pour traiter de gré à gré des revenus de leurs administrés.

Ainsi, suivant nous, la règle doit être que, toutes les fois que l'administrateur tient de sa qualité le droit de traiter de gré à gré des choses qui forment le revenu de l'administré, la vente des fruits est aussi volontaire que si la chose appartenait au représentant de l'administré; alors l'attribution de compétence est commune aux quatre classes d'officiers.

Ainsi, quand l'article 452 du Code Napoléon ordonne au tuteur de vendre le mobilier qui se trouve dans la succession, cet article est une exception à la règle générale de l'article 450, qui confie au tuteur le droit de représenter le mineur et celui d'en administrer les biens en bon père de famille, sauf les dommages résultant d'une mauvaise gestion. L'article 452 ne parle donc en rien des ventes d'administration ordinaire. Donc le tuteur peut vendre de gré à gré les coupes de taillis et les récoltes sur pied [1]; donc la vente qu'il en fera par officier public sera une vente volontaire, qu'il n'est même pas tenu de faire autoriser par une ordonnance du président; donc il aura le choix dans les quatre classes d'officiers publics.

Il en sera de même pour l'héritier bénéficiaire [2] (Code Nap., art. 805). Ce n'est que pour la vente des meubles de la succession que la loi lui prescrit les formes judiciaires; ce n'est pas pour les fruits et revenus des immeubles. La vente de ces fruits rentre dans l'administration qui lui est confiée librement par l'article 803, à la charge de répondre de sa faute grave. Il peut donc traiter de gré à gré. La vente qu'il fera publiquement sera donc une vente volontaire; il aura donc le choix du genre d'officier vendeur.

Notre interprétation de la loi de 1851 est large. Il y a concurrence (sauf le cas de saisie-brandon) quand la vente est faite par une partie maîtresse de ses droits, par un tuteur de

[1] Demolombe, t. VII, n° 353; — Dalloz, v° *Minorité*, n° 427.

[2] Voyez en ce sens, sauf quelques différences, Chabot, *Des successions*, art. 805, n° 4. — Bilhard, *Bénéf. d'inv.*, n° 78. — Chauveau sur Carré, quest. 2520, t. V, p. 974. — Thomine-Desmasures, t. II, p. 632. — Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Bénéf. d'inv.* — Douai, 14 mai 1855 (S. V., 56, 2, 25).

mineur ou interdit, par un héritier bénéficiaire pour leur administration ordinaire.

Mais dès que la vente est assujettie par les lois à des formes judiciaires, dès que l'administrateur ou le propriétaire est tenu de demander l'ordonnance du juge, la vente devient judiciaire, la concurrence cesse, et le droit exclusif a été réservé aux notaires.

Par exemple, si la saison de la coupe arrive pendant les délais pour faire inventaire et délibérer (C. Nap., art. 796; C. pr., art. 986), et que l'héritier présomptif craigne de prendre qualité, la vente de la coupe sera une vente judiciaire ou d'autorité de justice; et les notaires sont seuls compétents.

Par exemple encore, nous ne pensons pas que les curateurs à successions vacantes puissent vendre les coupes de bois ni les récoltes sur pied de gré à gré comme l'héritier bénéficiaire. Si l'article 1000 renvoie pour la vente des meubles à la vente du mobilier, l'article 1002 dit que les formalités prescrites pour l'héritier bénéficiaire s'appliqueront *au mode d'administration* du curateur. Or aucune loi ne prescrit le mode d'administration de l'héritier bénéficiaire. L'article 1002 soumet donc l'administration du curateur, quant aux biens meubles qui proviennent des fruits d'immeubles, au même mode de vente que les biens meubles trouvés à l'ouverture de la succession; et par conséquent la vente des fruits par le curateur est une vente judiciaire, qui est exclusivement dans les attributions notariales.

Parlerons-nous maintenant des administrateurs nommés par justice? Tout dépendra, selon nous, des pouvoirs qui leur auront été donnés par le juge dès le principe et lors de leur nomination. Il est bien rare que la justice donne à un séquestre le droit de traiter de gré à gré; si elle lui conférait ce droit, les ventes de fruits, récoltes et coupes de bois taillis seraient regardées comme volontaires; si le jugement qui l'a nommé ne s'explique pas sur ce point, ou lui a imposé l'obligation de faire vendre aux enchères, la vente appartiendra aux notaires, car le séquestre n'est véritablement qu'un curateur à un bien spécial; et son administration étant judiciaire, n'a plus le caractère d'administration libre. C'est l'exécution d'un mandat de justice, et la vente qui est la conséquence de ce mandat ne peut être que judiciaire.

Cette opinion se justifie non-seulement par la lettre, mais encore par l'esprit de la loi.

Et d'abord, en ce qui concerne la saisie-brandon, si le texte de la loi avait été adopté tel que le proposait la commission, c'est-à-dire sans distinction entre les ventes volontaires et les ventes judiciaires, la concurrence aurait existé entre les notaires, commissaires-priseurs, huissiers et greffiers, même dans les villes où résident des commissaires-priseurs. En réduisant cette concurrence aux ventes volontaires, on a voulu conserver surtout aux huissiers cette partie de leurs attributions.

En ce qui concerne les autres ventes judiciaires, le rapporteur l'a dit, on a voulu faire une transaction. Après avoir enlevé aux notaires leur droit exclusif en cas de *ventes volontaires*, et surtout pour les ventes à terme; après avoir réservé aux commissaires-priseurs et aux huissiers les ventes par suite de saisie-brandon, on a réservé aux notaires les autres ventes judiciaires qui ont lieu sans contestation, et rentrent naturellement dans les attributions des notaires.

Les formalités judiciaires ne sont prescrites en général, pour ces dernières ventes, que dans l'intérêt des tiers; et alors, comme l'a dit le rapporteur de la commission en présentant la dernière rédaction de la loi, « elles peuvent affecter les droits » qui appartiennent aux tiers, et dès lors elles s'écartent de ce » caractère de régularité et de simplicité qu'il importe de con- » server au point de vue de la concurrence. »

LE MENUET.

CHRONIQUE DE LA CHAMBRE CRIMINELLE DE LA COUR DE CASSATION.

Par M. Guyho, avocat général à la Cour de cassation.

SOMMAIRE.

N° 1. — Dans quelle mesure les conventions postales peuvent-elles modifier le principe de la juridiction territoriale, quant au délit d'immixtion dans le service des postes?

Spécialement, sous l'empire d'une convention qui attribue exclusivement aux bureaux de poste de Strasbourg et de Kehl l'échange des correspondances entre la France et le duché de Bade, un conducteur d'omnibus qui, faisant le trajet de Kehl à Strasbourg, est trouvé porteur, à la frontière, de lettres originaires de Bade et adressées à des personnes résidant en France, peut-il être poursuivi pour ce fait devant les tribunaux français?

Peut-il être poursuivi, même alors que les lettres sont revêtues d'un timbre-poste français et qu'elles devaient être remises au bureau de poste français le plus voisin de la frontière?

N° 2. — Les soustractions entre époux et entre ascendants et descendants, prévues par l'article 380 du Code pénal, ont-elles le caractère d'un vol?

Avaient-elles ce caractère dans le droit romain?

Avaient-elles ce caractère dans l'ancienne jurisprudence?

Doit-on comprendre dans l'immunité de l'article 380 même ceux qui ont concouru à l'action comme coauteurs?

Doit-on y comprendre les complices, alors qu'il y a plusieurs coauteurs, et que l'un d'eux seulement se trouve protégé par le privilége de l'article 380?

Spécialement, une Cour impériale a-t-elle pu, sans violer cet article et les règles de sa compétence, statuer sur l'action publique dirigée contre une veuve pour soustraction de valeurs appartenant à la succession de son mari décédé, et la déclarer coupable de vol, sauf à ne prononcer contre elle aucune peine?

N° 3. — L'immunité de l'article 380 s'applique-t-elle au mari qui a détourné des meubles lui appartenant et saisis à la requête de sa femme, avec cette circonstance que la garde en a été confiée à un tiers?

N° 1. — Parmi les monopoles qui ont été constitués dans un intérêt fiscal et politique à la fois, il n'en est pas qu'il soit plus nécessaire de maintenir que celui de l'administration des postes. Ce n'est pas qu'il n'ait été souvent attaqué, et que trop souvent aussi il n'ait mérité de l'être. Mais c'est là le petit côté de la question; et la Cour suprême, qui par la nature de son institution se préoccupe avant tout de l'intérêt de la loi, n'a jamais

cessé de défendre avec une grande fermeté, contre les tendances contraires des juridictions locales, le monopole de l'administration des postes.

Le cercle de ce monopole s'est nécessairement agrandi à mesure que la paix, l'industrie et la rapidité des nouveaux moyens de locomotion ont multiplié les rapports, non-seulement entre les différentes parties de la population de l'intérieur, mais encore entre la France et l'étranger. Sous l'influence de ces causes réunies, auxquelles est venu se joindre l'abaissement progressif des barrières de douanes, les relations internationales ont pris une activité qui a imposé à l'administration des devoirs nouveaux. Pour suffire à l'échange rapide des correspondances, et pour se garantir en même temps contre les tentatives de la fraude, il a fallu organiser des bureaux dits d'*échange* qui, en vertu de conventions postales sanctionnées par les gouvernements limitrophes, ont été chargés de se transmettre les correspondances, en se garantissant réciproquement le monopole de cette transmission. Une convention de ce genre intervint, le 10 février 1846, entre la France et le grand-duché de Bade. Il en résultait que l'échange des correspondances ne pouvait se faire désormais entre les deux pays que par les bureaux de poste établis à Kehl et à Strasbourg. Cette convention postale, qui avait reçu en France et dans le duché de Bade le sceau de la souveraineté publique, était obligatoire dans l'un et l'autre pays, au même titre que la loi. — De là un phénomène juridique qui mérite d'être remarqué. Le principe de la juridiction territoriale veut que la justice française expire à la limite précise du territoire. Mais cette règle va fléchir dans une certaine mesure, par suite de l'entente des deux souverainetés. Sous l'influence de la convention postale, il se fera comme une extension des territoires respectifs. Les deux gouvernements se communiqueront, se délégueront une portion de leur propre autorité. Les règles de la compétence ordinaire en seront modifiées, et les principes rigoureux qui donnent pour limite à la juridiction française celle du territoire, ne pourront plus s'appliquer à cette juridiction exceptionnelle.

C'était sous l'influence de cette convention de 1846 que la Cour de cassation avait à résoudre une question intéressante au double point de vue du privilége de la poste et du droit public et international.

Cette question se présentait dans les circonstances suivantes.

Le 2 mai 1856, les employés du bureau de la douane française établi au pont de Kehl saisirent sur Mathias Roos, conducteur de l'omnibus faisant le service du transport de Kehl à Strasbourg, vingt-cinq lettres originaires du duché de Bade, et destinées à des personnes résidant sur divers points de la France. Ces lettres avaient été affranchies au moyen d'un timbre-poste, et devaient être remises par Mathias Roos au bureau de poste de Strasbourg, bureau français le plus rapproché de la frontière.

Poursuivi pour immixtion dans le service des postes, Mathias Roos fut acquitté par le motif que la saisie ayant eu lieu avant que le prévenu eût dépassé aucun bureau de poste français, il n'avait violé aucune loi française, et ne pouvait par conséquent être poursuivi en France.

Cette décision de la Cour impériale de Metz se rattache à une théorie que la brièveté des motifs de l'arrêt laisse à peine soupçonner, mais qui a ses fondements dans l'article 3 de la loi du 3 juin 1829, combiné avec le principe qui refuse aux juridictions françaises, en dehors des articles 5 et 7 du Code d'instruction criminelle, toute compétence à raison des faits commis à l'étranger.

L'article 3 de la loi du 3 juin 1829 est ainsi conçu :

« Les dispositions pénales relatives au transport des lettres en contravention ne seront pas applicables à ceux qui feront prendre et porter leurs lettres dans les bureaux de poste circonvoisins de leur résidence. »

Les circonstances dans lesquelles fut votée la loi de 1829 suffisent pour expliquer et pour restreindre dans ses véritables termes le sens de cet article. Il s'agissait d'organiser le service des facteurs ruraux, dont l'administration assumait sur elle la charge nouvelle, charge dont elle trouvait à peine la compensation dans la taxe additionnelle du décime connu sous le nom de *décime rural*. Avant cette innovation, qui réalisait un véritable progrès, le service était abandonné à des piétons payés par des particuliers. Sur 37,367 communes, 35,587 étaient dépourvues de tout bureau de poste. Par cela seul que l'administration allait désormais être chargée du transport des correspondances non-seulement de bureau à bureau, mais même d'un bureau de poste aux points intermédiaires et réciproquement, l'exécution de ce nouveau service ne devait-elle pas être proté-

gée par les dispositions pénales de l'article 1er de l'arrêté du 27 prairial an IX ? — Cette crainte s'éleva dans quelques esprits, et elle était d'autant plus naturelle, que le rapporteur de la Chambre des députés avait déclaré formellement qu'on aurait pu assujettir à la taxe du *décime rural* les lettres que les destinataires continueraient à prendre ou à faire prendre au bureau de poste, *attendu*, disait-il, *que la poste ayant le monopole du transport des lettres, partout où s'effectue ce transport, le public devait être dans l'obligation de se servir de son intermédiaire.*

Telle n'était pas cependant la pensée de la Chambre, et ce fut pour répondre à cette inquiétude que, par voie d'amendement, elle introduisit dans le projet primitif l'article 3, dont elle ne manqua pas de limiter avec soin le sens et l'application. Il fut bien entendu, en effet, que l'on n'excluait du privilége de la poste que le cas du transport des correspondances d'un bureau à un point intermédiaire, à la condition expresse que ce bureau serait le bureau le plus voisin de la résidence de l'expéditeur ou du destinataire.

L'autre fondement de l'arrêt de la Cour impériale de Metz était le principe de la juridiction territoriale. Ce principe a sa raison philosophique dans deux idées qui découlent de la constitution des États et de leur indépendance réciproque. La première de ces idées, c'est que la justice est un attribut de la souveraineté, et que la souveraineté française rencontrant, sur la limite de son territoire, une souveraineté étrangère dont le droit est égal au sien, est obligée de la respecter, et de laisser à celle-ci l'exercice exclusif du pouvoir de punir les crimes et les délits commis sur le territoire soumis à sa domination. La seconde, c'est que l'obligation que nous contractons de nous soumettre aux lois d'un pays est le prix de la protection que ce pays accorde à notre personne et à nos propriétés pendant que nous y résidons : d'où il suit que le Français qui, placé sous la protection des lois étrangères, commet un crime ou un délit, peut bien être poursuivi à l'étranger, mais ne saurait l'être devant les tribunaux français, à qui il ne demande rien, et qui n'ont conséquemment rien à lui demander.

Renfermées dans de justes limites, ces deux idées, qui se lient aux notions les plus élevées du droit public, ne sauraient être contestées.

Seulement leur application doit être influencée, d'un côté,

par les traités internationaux, qui ont, dans une certaine mesure, modifié la situation respective des gouvernements quant à l'échange des correspondances transmises d'un État dans l'autre; d'un autre côté, par les principes qui règlent la compétence quant aux faits indivisibles, dont l'exécution, commencée à l'étranger, s'est prolongée et accomplie définitivement sur le territoire français.

« Lorsque, dit M. Mangin, dans son *Traité de l'action pu-* » *blique*, un délit qui s'est consommé en pays étranger a été » préparé en France par des faits auxquels nos lois infligent » une peine; quand un délit commencé ou achevé sur un terri- » toire étranger s'accomplit et se perpétue en France à l'aide » de faits que nos lois réputent criminels, la compétence de » nos tribunaux n'est pas douteuse, et elle doit s'étendre, non- » seulement aux faits qui se sont passés sur leur territoire, mais » encore à ceux qui se sont passés chez l'étranger, lorsqu'ils » sont inséparablement liés aux autres. »

La doctrine sur laquelle était fondé l'arrêt attaqué n'avait pas tenu un compte suffisant des principes. Cette doctrine peut se résumer ainsi :

L'administration est sans intérêt dans la poursuite; car les lettres étaient revêtues d'un timbre-poste. Elles avaient payé la taxe uniforme, et avaient acquis par là le droit de circuler en France, quelque trajet qu'elles eussent à parcourir pour arriver jusqu'au destinataire. Quant à la taxe proportionnelle qui pouvait être due à raison de l'excédant de poids, elle aurait été perçue, s'il y avait lieu, au bureau de Strasbourg, bureau de poste français où elles devaient être déposées. Mais il y a plus; le ministère public était sans droit, puisque aucun transport n'avait eu lieu sur le territoire français, la saisie des lettres ayant été opérée à la frontière et sur la limite même qui sépare ce territoire de celui du duché de Bade.

Il est aisé de répondre. Le monopole de la poste n'est pas uniquement fondé sur des raisons fiscales. Il doit son existence à des considérations d'un ordre plus élevé, à des considérations politiques. Un service aussi important ne pouvait être abandonné ni aux hasards de la libre concurrence, ni aux capricieuses exigences de l'industrie privée. Ce service devait être centralisé sous la main du gouvernement, à qui il importe à un si haut degré d'assurer la fidélité et la promptitude de ses com-

munications, et de n'être devancé par personne dans la transmission de ses ordres ou de sa pensée. Alors donc que l'intérêt fiscal de l'administration se trouverait en dehors de la question, l'intérêt politique qui réclame le maintien du monopole suffirait pour expliquer et justifier la poursuite.

Mais est-il vrai que l'administration fût sans intérêt au point de vue fiscal? On oublie qu'aux termes de la convention postale, l'échange des correspondances entre les bureaux de Kehl et de Strasbourg donnait lieu à une surtaxe destinée à couvrir les frais nécessités par l'activité toujours croissante de cet échange. On oublie que le produit de cette surtaxe était l'objet d'un compte réglé mensuellement entre les deux offices, et que par conséquent Mathias Roos, en s'abstenant de déposer ses dépêches au bureau de Kehl, d'où elles étaient originaires, mettait dans sa poche, au détriment de l'un et de l'autre, le produit de cette surtaxe, blessant du même coup les intérêts français et les intérêts badois.

Quant à la question de compétence, sans doute la juridiction s'arrête, en principe, à la limite du territoire. Mais ne faut-il pas tenir compte de l'extension donnée aux territoires respectifs par l'effet de la convention postale? Est-ce que, par l'accord des deux gouvernements de France et de Bade, leurs souverainetés ne se sont pas en quelque sorte pénétrées, dans la mesure et suivant les conditions déterminées par cette convention? Est-ce que, par suite, la justice française n'a pas pu, pour ainsi dire, franchir la frontière et aller saisir sur le territoire étranger, mais sur la partie de ce territoire assimilée, par l'effet de la convention, au territoire français, un fait délictueux qui violait à la fois les lois étrangères et les lois françaises? Peut-on dire, dans de telles circonstances, qu'il s'agisse d'un délit commis à l'étranger?

Le transport, dit-on, s'est accompli tout entier sur le territoire badois. — Mais la saisie a été faite par la douane française, et par conséquent sur le territoire français. Quelque court qu'on le suppose, le transport illicite s'est continué en France; et comme c'est là un fait indivisible, la seconde partie de ce transport, qui s'est accomplie sur notre territoire, attire avec elle la première devant les tribunaux français.

C'est en vain, d'ailleurs, qu'on invoquerait à l'appui de la doctrine de l'arrêt de Metz l'article 3 de la loi de 1829. On l'a

déjà vu, cette disposition est inapplicable à l'espèce. Elle ne dispense des pénalités de l'arrêté du 27 floréal an IX, que ceux qui portent ou font porter leurs lettres au bureau le plus voisin de leur résidence. Ici le bureau le plus voisin de la résidence des expéditeurs, c'était le bureau de Kehl [1].

En résumé, on doit se placer pour résoudre cette question au point de vue du droit international et de la convention, ayant force de loi, du 10 février 1846.

La tendance de notre temps est d'abaisser partout les antiques barrières derrière lesquelles s'abritait jadis l'antagonisme des peuples et des gouvernements. Ce n'est pas lorsque les voies de fer sillonnent l'Europe dans tous les sens, lorsque l'électricité, servant de véhicule à la pensée, met en communication, à travers l'espace, tous les intérêts et toutes les intelligences, et tend sans cesse à fondre dans une grande et imposante unité les différences primitives de race et d'origine; ce n'est pas lorsque le commerce et l'industrie multiplient partout les rapports, lorsque tous les peuples se mêlent, se confondent et marchent à grands pas vers la liberté illimitée des échanges; ce n'est pas dans une pareille époque qu'il serait possible de soutenir le principe de la juridiction dans les limites fatales et inflexibles du territoire. L'esprit de notre temps, dont il n'est pas défendu de s'inspirer, même dans l'interprétation des lois, nous dit assez qu'au delà de cette limite matérielle formée par une rivière ou par une tête de pont, il y a une limite mobile et susceptible de se déplacer sous l'influence des traités qui interviennent de gouvernement à gouvernement.

Cette idée, une fois admise, toute difficulté disparaît, et l'on ne voit plus dans l'arrêt de la Cour de Metz qu'une violation des lois pénales qui garantissent le privilége de la poste, en même temps qu'une violation des termes de la convention postale du 10 février 1846.

Ces principes ont prévalu devant la Cour de cassation qui, par son arrêt, a cassé et annulé l'arrêt de la Cour impériale de Metz.

N° 2. — La jurisprudence a souvent eu à fixer le sens et la

[1] On peut consulter sur ce point un arrêt du 8 avril 1830, et l'arrêt des chambres réunies, du 1er juillet 1836, rendu à la suite d'un arrêt de la Cour de Douai, du 29 mai 1835, et un arrêt de la chambre criminelle, du 18 août de la même année.

véritable portée de l'article 380 du Code pénal. Quelle est l'étendue et quelles sont les limites de l'immunité accordée par cet article en matière de soustractions commises entre parents ou alliés au degré qu'il détermine? Les soustractions, dans ce cas, conservent-elles le caractère d'un vol? Quelle doit être la situation et le sort des tiers qui ont participé à ces soustractions? Sont-ils couverts par l'immunité d'une manière absolue? Dans quels cas et à quelles conditions peuvent-ils en revendiquer le bénéfice? Ne faut-il pas distinguer à cet égard entre les coauteurs et les complices ordinaires? Il y a là une mine féconde dont la jurisprudence a mis à découvert quelques filons, mais d'où les patientes investigations de la science ont encore à extraire de nouveaux éléments juridiques.

L'article 380 a ses racines dans le droit romain et dans l'ancienne jurisprudence [1]. Dans le droit romain, aucune action n'existait ni ne pouvait exister, à raison des soustractions commises par les enfants au préjudice de leurs pères. La raison en est simple; elle tient à la constitution de la famille romaine. L'unité d'intérêt empêche l'action de vol, comme toute autre action. — *Furti actio non nascitur quia nec ex aliâ ullâ causâ potest inter eos actio nasci.* — Mais s'ensuit-il pour cela que la soustraction n'ait pas le caractère d'un vol? Nullement. *Res in furtivam causam cadit.* L'objet tombe dans la classe des choses furtives, l'acte lui-même ne cesse pas d'être un vol, de telle sorte que l'étranger qui y prend part, *ope et consilio*, est tenu de l'action *furti.* Pourquoi? Le texte en donne de suite la raison. — *Quia utique furtum committitur.* (Institutes, liv. IV, t. I, n° 12.)

Un de nos plus savants criminalistes, M. Faustin Hélie enseigne que la complicité dont il est ici question ne doit s'entendre que de celle qui a procuré au complice un profit particulier. Nous ne voyons rien dans les textes qu'il cite qui puisse autoriser à faire cette distinction. Il y a plus : il semble même que la logique s'y oppose. Il n'est pas douteux, en effet, que dans le système romain la soustraction ne conserve le caractère d'un vol. Dès lors, qu'importe que le complice ait ou non tiré du vol un profit particulier. Ce qui le rend passible de l'action

[1] Voyez une remarquable dissertation de M. Faustin Hélie, insérée dans la *Revue de législation*, année 1845.

furti, ce n'est pas le bénéfice qu'il a pu réaliser, mais le concours matériel et moral *ope et consilio* qu'il a prêté à l'auteur d'une action qualifiée vol.

Cette distinction, dont nous ne voyons pas la trace dans le droit romain, avait-elle été faite dans l'ancienne jurisprudence? M. Faustin Hélie, dans sa dissertation déjà citée, invoque deux arrêts du parlement, et les opinions de Jousse, de Muyart de Vouglans et de Rousseaud de la Combe, qui paraissent, en effet, établir que dans l'ancienne jurisprudence les complices étaient compris dans l'immunité, à moins qu'ils n'eussent profité personnellement du vol.

Il est certain que l'article 380 a été puisé à cette source.

Sa disposition finale n'exclut de l'immunité que ceux qui ont *recélé ou appliqué à leur profit tout ou partie des objets volés*, et, dans ce cas, elle les déclare, non pas *complices*, mais *coupables* de vol.

Quelle a été la raison de cette distinction? C'est, dit M. Faustin Hélie, que la soustraction dont il s'agit n'étant pas un vol, l'étranger, qui n'a fait qu'aider et assister, sans intérêt personnel, le parent dans l'accomplissement de cet acte, ne peut pas s'être rendu complice d'un vol qui n'existe pas. — Je le veux bien; mais pourquoi en serait-il autrement lorsqu'il a tiré de la soustraction un profit quelconque? Tâchons de ne pas nous payer de mots. Vous m'enseignez que la raison de l'immunité, au respect des parents, c'est l'espèce de copropriété qui existe entre eux, et qui a pu faire illusion à l'auteur de la soustraction au point de laisser indécise pour lui la limite qui sépare sa chose de celle de son parent. Soit: mais si cette confusion de patrimoine fait disparaître pour lui la ligne séparative du *tien* et du *mien*, et par suite efface le caractère du vol, pour ne plus laisser à l'action que le caractère d'un fait dommageable, pourquoi en serait-il autrement du complice qui a reçu de lui une portion quelconque de la chose soustraite? Si le parent a pu se faire illusion, lui, qui doit cependant connaître sa véritable situation vis-à-vis de son parent, combien cette illusion n'est-elle pas plus naturelle et plus légitime encore de la part de l'étranger qui, voyant le parent disposer de la chose comme *sienne*, a dû nécessairement supposer quelle était *sienne*, en effet.

De deux choses l'une : ou l'acte a le caractère d'un vol, malgré l'immunité toute personnelle qui met le parent à l'abri de

l'action pénale, et alors, conformément au système de la loi romaine, les complices rentrent dans le droit commun et sont punissables, qu'ils aient ou non profité de la soustraction. Ou bien, au contraire, la soustraction n'a rien de délictueux, et alors, ceux qui ont pris part à une action licite, au point de vue de la loi pénale, ne peuvent être condamnés, comme complices de vol, même alors qu'ils en auraient tiré un profit personnel. Le principe posé par M. Faustin Hélie dépasse donc et déborde la conséquence qu'il en tire. Ce principe dévore la distinction que l'éminent criminaliste s'efforce de créer.

Mais, dira-t-on, que devient en présence de ce dilemme l'article 380 du Code pénal qu'il s'agit d'interpréter? N'est-il pas certain que cet article pose lui-même cette distinction, en ne laissant subsister l'action que contre les *recéleurs et ceux qui ont appliqué à leur profit tout ou partie de l'objet volé?*

Nous entrons ici dans un autre ordre d'idées. Sans doute, l'article 380 a été rédigé sous l'inspiration de l'ancienne jurisprudence, qui admettait la distinction proclamée par M. Faustin Hélie, et sa rédaction a pu s'en ressentir. Mais il s'écrivait aussi sous l'influence des principes du droit nouveau au milieu duquel il venait prendre place, et particulièrement en présence de l'article 59, qui porte que les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la MÊME PEINE que les auteurs de ce crime ou de ce délit. Le législateur de 1810 vit clairement que les conséquences de cet article allaient envelopper dans l'immunité tous les complices, qui, en l'absence de pénalité contre les auteurs principaux, se trouveraient, eux aussi, à l'abri de toute peine. Il ne voulait pas accepter cette conséquence dans toute son étendue, et ce fut pour l'éviter, du moins à l'égard des complices de la pire espèce, qu'il excepta expressément de l'immunité les recéleurs et ceux qui auraient appliqué à leur profit tout ou partie de l'objet volé.

Comme on le voit, la disposition finale de l'article 380 n'a pas besoin, pour être expliquée, du principe posé par M. Faustin Hélie. Elle peut parfaitement se concilier avec la doctrine qui, tout en accordant au parent, auteur de la soustraction, une immunité personnelle fondée sur le respect des sentiments de la famille et des secrets du foyer domestique, maintient à la soustraction son caractère délictueux à l'égard des étrangers, et applique les principes du droit commun à tous ceux qui ne

peuvent pas, comme les complices ordinaires, s'abriter derrière l'article 59 du Code pénal (arrêt du 1er octobre 1840).

Ici se présente une distinction qui n'est que la conséquence de ces principes, distinction que la jurisprudence a introduite et contre laquelle M. Faustin Hélie s'élève avec force (arrêt du 25 mars 1845). L'article 59 n'enveloppe dans ses conséquences que les complices; mais parmi ceux qui participent à une action délictueuse, il en est qui donnent à cette action un concours plus ou moins complet, plus ou moins direct. Si l'on doit ranger dans la classe des simples complices dont parle l'article 59 ceux qui, sans avoir concouru à l'action, l'ont seulement préparée et facilitée ou ont donné des instructions pour la commettre, il en est autrement de ceux qui ont commis l'action elle-même. Ceux-ci ne sont plus des complices, mais des coauteurs, et l'article 59 leur est inapplicable. Qu'en résulte-t-il? il en résulte que les coauteurs, ne pouvant invoquer l'article 59, se trouvent en présence du droit commun, qui les condamne comme ayant concouru, à titre d'auteurs principaux, à une action restée délictueuse, malgré l'immunité personnelle dont profite seul le parent, objet de cette immunité. Il en résulte encore une autre conséquence plus singulière, et qui est également consacrée par l'arrêt des Chambres réunies du 25 mars 1845, c'est que, s'il existe deux auteurs principaux, dont l'un seulement soit un parent compris dans l'immunité de l'article 380, le complice de ces deux auteurs principaux ne pourra pas lui-même invoquer le bénéfice de l'article 59, parce que la coopération donnée par lui à celui des coauteurs qui ne participe pas à l'immunité, suffit pour le replacer sous l'empire du droit commun, et pour lui faire appliquer, comme complice, la peine qu'a encourue cet auteur principal.

Je me suis laissé entraîner, à la suite de la jurisprudence, sur la trace des questions diverses qu'a soulevées l'interprétation de l'article 380. Celle qui était soumise à la Cour de cassation par le pourvoi de la veuve Orjolet contre un arrêt de la Cour impériale de Grenoble, bien qu'elle effleurât toutes ces questions, s'en distinguait cependant par des circonstances qui lui étaient particulières.

La demanderesse avait été accusée d'avoir, de concert avec la femme Bresse, détourné des valeurs dépendant de la succession de son mari. Après une longue involution de procédure, un

arrêt de la Chambre d'accusation avait renvoyé la veuve Orjolet et la femme Bresse devant le tribunal de Vienne sous la prévention de soustraction frauduleuse. Le tribunal de Vienne avait acquitté la femme Bresse, et déclaré, à l'égard de la veuve Orjolet, qu'il n'y avait pas de délit. Sur l'appel de la partie civile, la Cour impériale de Grenoble avait réformé ce jugement, déclaré la veuve Orjolet COUPABLE DU DÉLIT DE SOUSTRACTION FRAUDULEUSE; mais, reconnaissant qu'il n'y avait pas de peine applicable, avait renvoyé l'affaire devant les tribunaux civils, seuls compétents pour statuer sur les dommages-intérêts réclamés par le plaignant.

La Cour de cassation a cassé cet arrêt pour fausse interprétation et par suite pour violation de l'article 380. Il est évident, en effet, que, quelque opinion qu'on puisse avoir sur la question de savoir si la soustraction prévue par cet article est ou non un vol, l'action publique ne saurait exister contre l'époux couvert par l'immunité, et que par conséquent l'arrêt qui statue sur cette action publique, non-seulement en reconnaissant l'existence du délit, mais même en déclarant la prévenue coupable, viole les règles de la compétence et commet un véritable excès de pouvoir.

N° 3. — Un autre pourvoi appelait de nouveau l'attention de la Cour sur l'article 380 du Code pénal. Il s'agissait cette fois de savoir si l'immunité de cet article s'applique au mari qui a détourné des meubles lui appartenant, et saisis à la requête de sa femme, avec cette circonstance que la garde en a été confiée à un tiers.

La question était nouvelle. Mais l'application de quelques principes élémentaires suffisait pour la résoudre.

Sans doute, il est de jurisprudence que l'immunité de l'article 380 n'est pas uniquement restreinte au cas de soustraction frauduleuse proprement dite, et qu'elle s'étend à toutes les fraudes qui ont pour but, de la part de l'un des époux, de porter atteinte à la propriété de l'autre. Il a été jugé que l'escroquerie, l'abus de confiance, l'extorsion de signature, sont compris dans les termes généraux de l'article 380, mais c'est à une double condition. La première, qu'il y ait atteinte à la propriété de l'époux qui se plaint; la seconde, que l'intérêt de ce dernier soit le seul qui ait été lésé par le délit. Aucune de ces deux conditions ne se rencontre dans le cas d'un détournement

d'objets saisis. La saisie ne rend pas, en effet, le saisissant propriétaire. La chose placée sous la main de la justice n'a pas cessé pour cela d'appartenir à l'époux auteur du détournement. Ce fait ne constitue donc aucune atteinte à la propriété et ne rentre à aucun titre dans la catégorie de ceux auxquels s'applique le privilége de l'article 380. L'incrimination nouvelle et toute spéciale de l'article 400, § 3, du Code pénal est puisée dans un autre ordre d'idées. Elle a pour objet de maintenir le respect dû aux actes de l'autorité publique, de garantir les intérêts du saisissant, de venir en aide à la responsabilité de gardien, et de protéger les droits de tous les créanciers. Il y a là des intérêts variés, multiples qui ne peuvent, à aucun point de vue, subir l'influence des motifs qui ont dicté l'article 380 du Code pénal.

En vain dirait-on que la loi modificative de 1832 a placé le délit nouveau de détournement d'objets saisis sous la rubrique des *crimes et délits contre les propriétés* et qu'il lui a appliqué la peine du vol. En vain voudrait-on chercher dans cette double circonstance une assimilation à laquelle résiste énergiquement la nature propre et les éléments essentiels qui constituent ce délit spécial. N'est-il pas évident que si le détournement d'objets saisis participait de la nature du vol, il subirait, quant à la juridiction et quant à la pénalité, l'influence des circonstances aggravantes de nuit, de maison habitée, d'effraction, d'escalade, etc., qui peuvent accompagner sa perpétration? Et s'il n'en est pas ainsi, ne faut-il pas en conclure qu'il s'agit ici d'un délit spécial qui ne renferme aucun des éléments caractéristiques du vol, et qui par conséquent ne peut, malgré la place qui lui a été faite, participer à l'immunité de l'article 380 du Code pénal?

J'avais résolu de comprendre dans cette revue de la jurisprudence un arrêt important rendu par la Chambre criminelle à son audience du 17 avril dernier. Mais la question tranchée par cet arrêt est trop grave pour être traitée d'une manière épisodique. Elle mérite un examen spécial. On pressent déjà que je veux parler de la question de savoir si l'autorité de la chose jugée peut s'attacher, en dehors du fait spécial de la prévention, aux décisions des tribunaux répressifs qui ont à statuer sur les exceptions de déchéance ou de nullité opposées par les prévenus, comme moyen de défense, à une poursuite en contrefaçon.

Cette question prend un nouveau degré de gravité de l'espèce de conflit dont elle est devenue l'occasion entre la Chambre criminelle et la Chambre civile, qui l'ont décidée dans un sens diamétralement opposé. Le cours naturel de la jurisprudence ne tardera pas sans doute à la ramener devant les Chambres réunies. Le moment est donc venu de faire appel à la discussion publique. Mais, je le répète, je me propose d'en faire l'objet d'un travail particulier. GUYHO.

OBSERVATIONS SUR DEUX ARRÊTS

RELATIFS A LA RÉSERVE DES ENFANTS NATURELS.

Par M. Louis Gaos, docteur en droit, juge au tribunal civil de Belley.

PARIS, 20 avril 1853 (*J. du Pal.*, 1855, 2, 129).
AMIENS, 23 mars 1854 (*J. du Pal.*, 1856, 2, 126).

Il n'est plus contesté que l'enfant naturel ait un droit de réserve sur la succession de celui qui l'a reconnu; cela résulte des articles 757 et 761 du Code Napoléon. Mais quel est précisément le caractère de cette réserve? Quelle en sera la quotité? Ces questions sont résolues d'une manière incomplète par les arrêts qui ne statuent qu'en vue d'une espèce, et la plupart des auteurs paraissent n'avoir pas apprécié exactement toutes les circonstances qui doivent amener une solution exacte. Il suffira cependant d'observations assez courtes pour signaler les erreurs de principe contenues dans les deux arrêts ci-dessus rappelés.

I. L'arrêt de Paris traite principalement la question si controversée que fait naître le concours de l'enfant naturel avec des neveux et nièces. Il est inutile d'examiner cette question, sur laquelle la discussion a été épuisée par divers auteurs et surtout par M. Paul Pont (*Revue de législation*, 1846, t. I, p. 88).

Le dernier motif de cet arrêt ne peut passer inaperçu; il est ainsi conçu : *Considérant que le droit ainsi défini de l'enfant*

naturel sur l'hérédité (fixé aux trois quarts en présence de neveux) *a le caractère d'une réserve qui ne peut être entamée par les legs particuliers contenus au testament du défunt.*

Si l'on donnait aux termes de cette partie de l'arrêt leur valeur rigoureuse, on aurait une disposition vraiment insoutenable. Un enfant légitime ne pourrait retenir, en présence des légataires, qu'une moitié de la succession, et l'enfant naturel, en présence des neveux et des légataires, aurait une réserve des trois quarts : on ne saurait admettre une telle proposition.

Pour pénétrer l'intention véritable des magistrats qui ont rendu cet arrêt, il faut savoir que, dans la pratique, beaucoup de personnes considèrent le droit de l'enfant naturel comme différent essentiellement de celui des héritiers. Les premiers auteurs qui ont écrit sur cette matière ont si souvent répété que le droit de l'enfant naturel est une *délibation*, une charge de la succession ; ce prétendu principe paraissait si bien être la base des solutions de toutes les questions, qu'on est arrivé à le généraliser au point de ne vouloir pas faire peser les legs sur ce qui revient à l'enfant naturel, et d'en faire tomber le fardeau uniquement sur ceux qui ont le titre d'héritiers.

C'est sans doute cette idée que les magistrats de la Cour de Paris ont voulu consacrer en décidant que les legs (qui probablement ne s'élevaient pas à un quart de la succession) seraient pris de préférence sur la portion revenant aux neveux, et que les trois quarts revenant aux enfants naturels en seraient affranchis ; mais ils n'auraient évidemment pu réduire, annuler partiellement les legs pour réserver trois quarts de la succession à l'enfant naturel.

Cette observation ôte à l'arrêt de Paris l'absurdité contenue dans les termes eux-mêmes, mais elle n'a pas pour objet de justifier doctrinalement cette solution.

Le droit de l'enfant naturel est une partie de celui qu'il aurait eu s'il eût été légitime ; donc il n'est pas d'une autre nature. Aucune disposition ne décharge l'enfant naturel de contribuer aux dettes et aux legs de la succession.

On répond que les legs sont mis seulement à la charge des héritiers et des légataires universels ou à titre universel. On cite dans ce sens les articles 724, 870, 871, 873, 1009, 1012 du Code Napoléon. Cette argumentation prouverait plus que ne le voudraient ceux qui la présentent : on s'en servirait pour dé-

charger l'enfant naturel même de la contribution aux dettes; or personne ne veut aller jusque-là.

M. Belost-Jolimont est le seul auteur qui ait nettement adopté cette doctrine erronée. Dans ses *Observations sur Chabot*, t. I, p. 494, il cite deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 26 novembre 1825, l'autre du 14 mars 1837 (*J. du Pal.*, 1837, t. I, p. 330), desquels il veut induire que les legs ne doivent pas porter sur la portion revenant aux enfants naturels. Il dit, en effet, sur le premier arrêt : « La Cour de cassation a reconnu que les quotités déterminées par l'article 757 devaient se calculer sans avoir égard aux legs qui pourraient en diminuer le chiffre, et dès lors qu'il n'est pas permis de porter atteinte à cette fixation par des dispositions testamentaires. » M. Belost-Jolimont explique ensuite que la réserve de l'enfant naturel n'est pas égale au droit qui lui est accordé par le Code; mais il exige que la volonté du testateur soit formellement exprimée pour que les legs portent sur la portion déterminée par l'article 757.

Les deux arrêts cités ne touchent point à la question qui est agitée. Dans les deux espèces sur lesquelles ils ont été rendus, les défunts avaient légué à leurs enfants naturels les quotités qui leur sont attribuées par le Code Napoléon; il s'agissait de savoir si ces legs n'impliquaient pas la volonté d'affranchir les enfants naturels de toute contribution aux autres legs. Ainsi la question n'était pas posée en droit, mais en fait.

Pour éviter l'erreur de M. Belost-Jolimont, il faut admettre que le législateur n'a pas voulu donner à la disposition, par laquelle il refuse aux enfants naturels la qualité d'héritiers, la portée que les auteurs lui attribuent. Il a considéré ce titre d'héritier comme renfermant en lui quelque chose d'honorifique; il a été dominé par les idées coutumières qui ne reconnaissaient comme héritier que celui qui était appelé à la succession en vertu de sa parenté avec le défunt; il n'a voulu ni accorder à l'enfant naturel à titre honorable, ni reconnaître en sa faveur un lien de parenté proprement dite avec son auteur. En réalité, les enfants naturels ne doivent passer, quand il s'agit d'établir la quotité de leur droit, ni avant ni après les héritiers; mais ils doivent être mis sur le même rang qu'eux.

II. Une discussion plus approfondie sur la nature du droit de l'enfant naturel trouve sa place dans l'examen du second arrêt. La Cour d'Amiens a résolu nettement cette question, et a dé-

cidé que la réserve de l'enfant naturel n'était pas une charge de la succession.

Par une note très-étendue sur cet arrêt, M. Rodière a soutenu, dans le *Journal du Palais*, l'opinion contraire.

Quelle est celle de ces deux opinions qui doit rester dans la doctrine et dans la pratique? Tel est le but de ces observations.

La Cour d'Amiens avait à combiner la réserve d'un enfant naturel avec celle d'un ascendant. Cette question a fait naître divers systèmes. L'article 915 partage toute la succession en deux parts : l'une réservée aux ascendants, l'autre formant la quotité disponible. Mais de plus, les articles 757 et 913 accordent une réserve à l'enfant naturel. Voilà trois droits tous fort respectables qui évidemment ne peuvent être satisfaits en entier. Pour arriver à une solution, sacrifiera-t-on un de ces droits en maintenant les deux autres dans leur intégralité? ou bien en conservera-t-on un seul au préjudice des deux autres? ou enfin fera-t-on subir à ces divers droits une réduction simultanée? La valeur de ces diverses solutions doit être appréciée par les principes sur lesquels elles s'appuient.

La Cour d'Amiens maintient les deux réserves, telles qu'elles résultent des articles 757, 913 et 915; le surplus de la succession forme la quotité disponible.

Elle ne fait point céder la réserve de l'ascendant devant celle de l'enfant naturel par le motif que cette dernière n'est pas une charge de la succession. Cette appréciation de la nature de la réserve ne saurait être trop approuvée; elle est fort éloignée des idées des premiers auteurs qui ont écrit après la publication du Code Napoléon. Dominés par des souvenirs de l'ancienne législation, ils ne pouvaient accepter que l'enfant naturel eût un droit semblable à celui de l'enfant légitime.

La première question qui s'est élevée sur ce point a été de savoir si l'enfant naturel a une réserve. Après de longs débats, voici le raisonnement qui a paru décisif : l'enfant légitime a une réserve; le droit de l'enfant naturel est une portion de celui de l'enfant légitime; la partie ne pouvant être d'une autre nature que le tout, l'enfant naturel a aussi une réserve.

Plus tard, l'enfant naturel a voulu, comme l'enfant légitime, exercer sa réserve même sur les biens donnés avant sa naissance. Le même raisonnement a fini par faire obtenir gain de

cause à l'enfant naturel. La Cour de cassation l'exprime d'une manière très-claire dans un arrêt du 16 juin 1847 (*J. du Pal.*, 1847, t. II, p. 87).

« Attendu que de l'ensemble des dispositions du Code civil relatives aux droits qui appartiennent sur les biens de leurs père et mère aux enfants naturels reconnus...., il résulte que ces droits, entourés des garanties qui sont accordées à ceux de l'enfant légitime, diffèrent de ces derniers quant à la quotité....; que cette quotité est constamment déterminée d'après la part que l'enfant naturel aurait recueillie s'il eût été légitime....; d'où il suit que les différences qu'on peut signaler, quant aux biens, entre la position de l'enfant légitime et la position de l'enfant naturel, ne sont pas inhérentes à la nature du droit qui leur est donné, mais qu'elles portent seulement sur l'étendue du droit ou sur la quotité attribuée à l'une et à l'autre dans l'hérédité; que les droits de l'enfant légitime forment ainsi la base et le type du droit de l'enfant naturel..... »

Les mêmes motifs réussiront certainement à mettre hors de contestation que le droit de l'enfant n'est pas une charge de la succession. L'arrêt de la Cour d'Amiens est donc inattaquable sur cette question de principe.

M. Rodière ne veut pas admettre ce raisonnement : « Tandis que l'article 756 exclut positivement l'enfant naturel de l'hérédité, l'article 757 semble en quelque sorte l'y rappeler en fixant son droit à une partie aliquote des biens. Il ne faut pas croire pourtant qu'après avoir proclamé d'une manière solennelle dans l'article 756 que l'enfant naturel n'est pas héritier, les auteurs du Code Napoléon aient voulu détruire dans l'article 757 le principe qu'ils venaient de poser. »

M. Rodière se demande ensuite à quelle sorte de droits on doit assimiler le droit de l'enfant naturel : est-ce à une créance? est-ce à un legs? est-ce une charge *sui generis?*

Il est facile de répondre qu'il n'y a point de contradiction dans les articles 756 et 757. Sans avoir le nom d'héritier, l'enfant naturel a une portion des droits de l'héritier. A part ce titre et les avantages qui y sont attachés, notamment la saisine, il aura une fraction de tout ce que prendrait l'enfant légitime.

Quant au nom à donner au droit de l'enfant naturel, il suffit de jeter les yeux sur les rubriques du Code pour reconnaître que si ce n'est pas un droit *héréditaire*, c'est un droit de *suc-*

cession, ou, si l'on veut employer un adjectif, c'est un droit *successif*.

De son principe que le droit de l'enfant naturel est une charge de la succession, M. Rodière conclut que l'enfant naturel ne peut pas faire tirer son lot au sort, quand ce tirage au sort sera de nature à nuire aux enfants légitimes par la nécessité de morcellements ou de licitations qui pourraient s'éviter facilement en acquittant préliminairement le droit du bâtard.

Cette solution est très-contestable. L'enfant naturel avant le partage est copropriétaire de tous les biens de la succession; or, en cette qualité, il a, quelque minime que soit sa part, le droit de former la demande en partage. Cette demande a pour conséquence nécessaire d'entraîner une formation de lots ou une licitation. Au reste, la nature du droit de l'enfant naturel ne dépend pas de sa quotité. Si l'enfant naturel a droit à la moitié ou aux trois quarts de la succession, on ne lui refusera pas la faculté de faire faire le partage suivant les règles ordinaires : donc, si en concours avec neuf enfants légitimes, l'enfant naturel n'a qu'un trentième de la succession, il pourra faire pour obtenir cette minime fraction tout ce que ferait un héritier dont le droit ne serait pas plus élevé.

M. Rodière refuse encore à l'enfant naturel le pouvoir d'exercer le retrait successoral. La doctrine admet que les étrangers légataires à titre universel ont ce droit; comment ne l'accorderait-on pas à l'enfant naturel?

La question enfin doit être résolue, suivant M. Rodière, par des raisons morales. Examinons celles qui sont présentées pour faire prévaloir le droit de l'enfant naturel sur celui des ascendants, et voyons si elles sont démonstratives. Elles se réduisent à deux : « Ce n'est pas seulement parce que le cœur humain est ordinairement ainsi fait, qu'on préfère les êtres à qui l'on a donné la vie à ceux de qui on la tient; c'est aussi parce que d'ordinaire l'enfant doit tout attendre de ses parents, tandis que l'ascendant peut en général se passer des biens que laissent ses descendants. »

L'affection que l'on a pour l'enfant né hors mariage est un sentiment que la loi ne favorise pas; elle le réprime même lorsqu'il se traduit en avantages pécuniaires au delà de certaines limites; convient-il d'employer ce motif pour étendre par voie d'interprétation les droits des enfants naturels?

La seconde raison est encore moins forte : on ne saurait admettre que la position fortunée ou non, dans laquelle un ayant droit se trouve d'ordinaire, doive servir d'élément pour fixer ce qui lui revient dans une succession.

M. Delvincourt et les auteurs antérieurs posaient, comme un principe très-moral, la règle *in dubio contra liberos naturales*. Les raisons morales invoquées par M. Rodière peuvent se traduire par la proposition diamétralement contraire à cette règle.

De tout ce qui précède, il est permis de conclure que la Cour d'Amiens a parfaitement jugé en mettant sur le même rang la réserve de l'enfant naturel et celle de l'ascendant.

La quotité disponible se compose de ce qui reste dans les deux successions après le prélèvement des deux réserves. Dans l'espèce et d'après les calculs de la Cour, il reste sept seizièmes, un peu moins d'une moitié pour la quotité disponible : cela paraît suffisant. Mais les espèces changent et les principes doivent rester invariables. Il peut se présenter des cas où il y aurait des ascendants dans les deux lignes et où les enfants naturels seraient au nombre de deux ou trois : les ascendants auraient une moitié de la succession pour réserve, et les enfants naturels, un tiers, s'ils sont deux; trois huitièmes, s'ils sont trois. Ainsi la quotité disponible serait réduite à un sixième ou un huitième; elle tomberait au-dessous de la limite fixée pour le cas où il y a trois et plus de trois enfants légitimes. Or un quart est un *minimum* qui évidemment ne peut jamais être dépassé.

Ce système conduit donc, dans ces deux cas, à des résultats inadmissibles. Il repose, du reste, sur une idée théorique qui manque d'exactitude. La quotité disponible ne saurait être réductible à discrétion pour satisfaire toutes les réserves; elle est en quelque sorte ce qui appartient au *de cujus* dans sa propre succession; elle est l'instrument au moyen duquel il peut se faire respecter pendant sa vie. Ses droits sur ses propres biens seraient-ils moins sacrés que ceux de ses ascendants ou de ses bâtards?

Il ne faut donc point admettre ce que dit M. Devilleneuve dans une note sur le même arrêt (Sirey, 1854, 2, 293), savoir que l'article 915 fixe seulement la limite que ne peuvent dépasser les libéralités du défunt, et que cette limite doit être déplacée lorsqu'il y a des enfants naturels joints aux ascendants. L'ar-

ticle 915 est très-clair; il prévoit le cas où il n'y a pas d'enfants, ce qui veut dire évidemment, d'après les articles précédents, enfants légitimes; en présence des ascendants, les libéralités ne peuvent dépasser la moitié ou les trois quarts de la succession; mais évidemment elles peuvent s'élever jusque-là. La succession se trouve ainsi divisée en deux parties : réserve des ascendants et quotité disponible; voilà le règlement fait pour les successions régulières.

L'enfant naturel vient, en invoquant les articles 757 et 913, réclamer aussi une réserve, son droit est très-respectable; mais celui de l'ascendant, celui du *de cujus* ne le sont pas moins. Un examen scrupuleux de toutes les discussions qui ont eu lieu sur cette matière ne fait découvrir aucun motif juridique pour donner la préférence à l'un de ces trois ayants droit.

Il a été présenté dans le premier volume de la *Revue de droit français et étranger* un système qui concilie tous les droits d'une manière bien simple. Ce système est développé plus complétement, en ce qui touche la réserve, dans le sixième volume de la même Revue (p. 750), et, pour le tout, dans une brochure qui a été publiée en 1850.

L'idée mère de cette solution est d'une moralité incontestable. Tout le monde, en effet, admettra comme un axiome de justice que, dès qu'il n'existe entre les ayants droit aucune cause de préférence, leurs prétentions doivent être réduites proportionnellement, si elles ne peuvent être satisfaites en entier.

Voilà tout le système de répartition sur cette question. Quant à l'exécution, il suffit de faire ce que décidaient des jurisconsultes romains dans des cas analogues. Le Digeste présente trois exemples de calculs semblables : deux se trouvent au titre *De hered. inst.*, l'un est d'Africain, *fr.* 47, § 1; l'autre est de Paul, *fr.* 81, *pr.*; le troisième est de Julien, *fr.* 13, *pr.* au titre *De liberis et postumis.*

M. Rodière objecte que l'on arrive par ce système à donner des cinquièmes à ceux à qui la loi attribue des quarts. Mais il faut remarquer que c'est la loi elle-même qui rend nécessaire cette dérogation à ses chiffres, parce que, tout en faisant naître par des dispositions séparées le concours des deux réserves, elle laisse soumis à la discussion le moyen de les concilier. Au reste, M. Rodière n'accorde que trois seizièmes à l'ascendant;

il viole en cela l'article 915 qui lui attribue un quart toutes les fois qu'il n'y a point d'enfants légitimes.

La Cour d'Amiens admet que la division de la succession entre les deux branches paternelle et maternelle doit faire régler la réserve de l'enfant naturel d'après deux bases différentes. Ceci est contestable : il n'est pas démontré que l'article 757, en faisant varier le droit de l'enfant naturel suivant la qualité des parents appelés à la succession régulière, ait pour but direct de régler l'avantage qui est accordé à ces derniers; le législateur peut n'avoir eu en vue que l'injure faite à la famille par la naissance d'un enfant naturel; la présence d'un ascendant détermine la gravité de ce fait, et le concours des collatéraux ne peut la diminuer. Dans le doute sur l'intention du législateur, il vaut mieux s'en tenir au texte.

Quelle que soit la solution que l'on adopte sur cette dernière question, le système de répartition peut être appliqué. Si l'on considère avec la Cour d'Amiens les parts attribuées à chaque branche comme formant des successions distinctes, il ne faudra faire une répartition que sur la moitié qui est partagée avec un ascendant. C'est à tort que dans le premier volume de la *Revue de droit*, il a été indiqué, au nombre des calculs possibles, celui qui fait, dans ce cas, la répartition sur toute la succession.

Voici de quelle manière on doit procéder : sur la moitié dévolue à la branche où se trouve un ascendant, cet ascendant a droit à un quart, l'enfant naturel à la moitié d'un quart, soit à un huitième, et la quotité disponible est d'un quart. Ainsi il faudrait trouver cinq huitièmes dans une moitié de la succession. Toutes les prétentions se trouveront satisfaites si les huitièmes sont changés en dixièmes. L'ascendant aura donc deux dixièmes, soit un cinquième; l'enfant naturel aura un dixième; la quotité disponible sera comme la réserve de l'ascendant réduite à un cinquième. Sur la moitié déférée à la branche où il n'y a que des collatéraux, le concours des deux réserves n'existe pas; il n'y a point de réduction à faire. L'enfant naturel a pour réserve la moitié des trois quarts de cette partie de la succession, soit, sur le tout, trois seizièmes, et il reste cinq seizièmes pour la quotité disponible. En réunissant ce qui est pris des deux côtés pour la réserve de l'enfant naturel, on trouve qu'elle s'élève à vingt-trois quatre-vingtièmes, et que

la quotité disponible est de quarante et un quatre-vingtièmes.

Une succession de 40,000 francs se partagerait ainsi qu'il suit, d'après les divers systèmes proposés :

	Réserve de l'ascendant.	Réserve de l'enfant nat.	Quotité disponible.
D'après la Cour d'Amiens.	10,000	12,500	17,500
Par une répartition et en admettant deux bases pour la détermination du droit de l'enfant naturel.	8,000	11,500	20,500
Suivant M. Rodière.	7,500	10,000	22,500
Par une répartition, en prenant le droit de l'enfant naturel comme déterminé pour le tout par le concours avec un ascendant. . .	8,000	8,000	24,000

L.-A.-Louis GROS.

QUESTION DE PROCÉDURE CIVILE.

JUGEMENT DE DÉFAUT. — DÉLAI D'APPEL.

Par M. Bolland, professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

Est-il donc bien vrai, dans l'état de nos textes législatifs, que, *pour faire courir le délai d'appel contre un jugement par défaut faute de plaider, il soit nécessaire que ce jugement soit signifié à personne ou domicile*, et qu'*il* ne suffirait pas *qu'il l'eût été à avoué, et que plus de trois mois se fussent écoulés depuis le jour où l'opposition n'est plus recevable?*

La Cour de cassation (*chambre civile*) l'a jugé ainsi par un arrêt du 15 juillet 1856 en cassant un arrêt de la Cour de Paris (V. Sirey-Devilleneuve, 1856, p. 815).

Elle l'avait déjà jugé ainsi par divers arrêts des 18 décembre 1815, 12 mars 1816 et 24 avril même année (V. le volume de Sirey de 1816, p. 206, 331 et 385).

Mais la Chambre des requêtes a jugé tout le contraire, et particulièrement par ses arrêts des 5 août 1813 (V. Sirey, 1813, p. 446) et 16 mai 1815 (V. *eod.*, t. de 1815, p. 328).

Au milieu d'un pareil conflit, on peut donc sans irrévérence se demander de quel côté est la vérité, et cela sans doute doit

être encore mieux permis à celui qui, dans un long enseignement de la procédure civile, chaque fois que cette matière est venue se présenter à son attention, et quoiqu'il fît des vœux peut-être pour que la doctrine de la chambre civile fût la vraie, comme offrant plus de garanties pour le plaideur condamné, n'a jamais pourtant eu le courage de la présenter comme telle, vaincu par des textes qu'il trouvait trop clairs, trop positifs dans un sens contraire.

Quant aux auteurs et aux Cours impériales, ils se sont aussi divisés; et si, en faveur du système de la Chambre civile, on peut citer M. Pigeau, M. Favard de Langlade, M. Thomine-Desmasures; en faveur du système contraire, on voit s'exprimer énergiquement M. Merlin, M. Boitard, etc.

Je ne puis résister surtout à citer ici un passage de l'une des leçons de ce dernier, du jeune et savant professeur trop tôt enlevé à la science, toujours si clair, si lucide, si droit dans ses déductions, et qui, dans toutes les matières qu'il a traitées, fait autorité à l'école et hors de l'école.

Voici comment, dans le t. III, p. 47, de ses *Leçons de procédure civile*, M. Boitard s'exprime sur la question même qui nous occupe :

« S'agit-il d'un jugement par défaut contre avoué, ou faute » de plaider, le délai d'opposition est déterminé par l'article 157; » il est de huitaine à partir de la signification du jugement à » avoué; à l'expiration de cette huitaine, le délai d'appel com- » mencera à courir utilement. Dans ce cas, il y a dans le § 2 » (de l'art. 443) une exception tacite, mais une exception » réelle à la règle du § 1er. En effet, d'après le § 1er, les trois » mois ne courent qu'à partir de la signification à domicile; » mais, comme d'après le § 2, les trois mois d'appel courent, » pour les jugements par défaut, du jour où l'opposition n'est » plus admise, et comme dans le jugement par défaut contre » avoué la signification à avoué fait courir le délai de l'opposi- » tion, il s'ensuit que dans ce cas la signification à personne » est inutile. Je dis que c'est là une exception. Ce n'est pas » bien exact; ce sont deux règles bien différentes pour deux » cas bien distincts : le § 1er statue sur les jugements contra- » dictoires; le § 2, au contraire, sur les jugements par défaut : » ne nous étonnons pas de la différence; ainsi, dans le cas de » jugement par défaut contre avoué, je fais signifier le juge-

» ment à l'avoué du défaillant; pendant huitaine l'opposition est » recevable; pendant cette huitaine, l'appel n'est pas recevable; pendant cette huitaine aussi, les délais d'appel ne » peuvent courir; mais à l'expiration de cette huitaine, sans » qu'il soit besoin de réitérer la signification, votre appel sera » recevable, et par suite les délais d'appel commenceront à » courir contre vous. Voilà pour le cas de défaut contre avoué. »

Les textes paraissaient clairs et positifs dans ce sens à M. Boitard; ils ne le paraissaient pas moins à la *Chambre des requêtes* de la Cour de cassation, qui partait de cette clarté même pour ne pas s'occuper des inconvénients qu'ils pourraient présenter dans leur application.

« *Attendu* (disait, entre autres, son arrêt du 5 août 1813 ci-dessus cité) *qu'en déclarant les réclamants non recevables dans leur appel* (sans qu'il y eût eu aucune signification à personne ou domicile), *l'arrêt attaqué a fait une juste application des articles* 443 *et* 157 *du Code de procédure, et que les dispositions de ces deux articles sont rédigées avec une clarté qui écarte tout raisonnement sur les inconvénients qui pourraient en résulter.* »

C'était l'application de cette règle incontestable, que quand la loi est claire et positive, et quand même on n'en verrait pas nettement les motifs, il ne reste plus qu'à l'exécuter, sauf, si on le juge à propos, à en demander la modification au législateur : *stat pro ratione veritas.*

Et que sera-ce donc si, en cherchant un peu plus attentivement, on peut encore trouver à cette loi claire et positive des motifs plausibles et peut-être satisfaisants?

Nous allons tout à l'heure rechercher ces motifs; voyons d'abord ce qui concerne la clarté de la loi, telle que la voit la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, telle que l'a vue M. Boitard.

Deux articles règlent tout : l'article 443 et l'article 157 du Code de procédure.

L'article 443 détermine, sauf des exceptions spéciales, le délai d'appel pour les jugements rendus par les tribunaux civils, délai emportant déchéance, ainsi que l'article suivant 444.

Or comment les déterminent-ils? 1° Sans faire aucune distinction entre les jugements contradictoires et les jugements par défaut, il commence par fixer le délai en lui-même à *trois mois.*

Mais 2°, en s'occupant du point de départ du délai, il fait avec netteté une distinction entre les jugements contradictoires et les jugements par défaut, comme le dit M. Boitard; il dit que le délai *courra, pour les jugements contradictoires, du jour de la signification à personne ou domicile;* et *pour les jugements par défaut, du jour où l'opposition ne sera plus recevable.*

Pour les jugements par défaut faute de *constituer avoué*, ceci a peu d'importance, ou plutôt la distinction disparaît devant ces autres règles qui veulent que dans ce cas on puisse former opposition jusqu'à l'*exécution* réelle du jugement (art. 158), et que l'exécution elle-même ne puisse avoir lieu qu'*après signification à personne ou domicile* (art. 147), d'où il résulte que pour ces sortes de jugements, jugements en défaut faute de constituer, comme pour les jugements contradictoires, on ne peut pas concevoir de déchéance d'appel sans qu'il y ait eu auparavant signification du jugement à personne ou domicile.

Mais pour les jugements par défaut *contre avoué*, en est-il de même? On pourrait le désirer; la Chambre civile de la Cour de cassation, non-seulement le désire, mais dit que cela est; et la Chambre des requêtes dit que clairement cela n'est pas. Il me semble que c'est de ce dernier côté qu'est la vérité.

Quelle est, en effet, la seule chose que requière la loi pour que le délai d'*appel* coure contre les jugements en défaut en général? C'est que le délai de l'*opposition* soit expiré.

Personne ne peut le nier : il y a texte littéral; aussi personne ne le nie.

Mais la Cour de cassation (Chambre civile) veut que ce ne soit qu'autant qu'il y a eu auparavant signification à personne ou domicile; nous allons voir tout à l'heure par quelle nature de raisonnements elle cherche à arriver là, et si ces raisonnements sont fondés.

Mais auparavant, remarquons bien que, sans parler de rien de semblable, l'article 443 n'exige qu'une chose, celle qui vient d'être dite, *que l'opposition* (pour employer le terme même de la loi) *ne soit plus recevable.*

Or toute la question est dès lors celle-ci : quand est-ce que l'*opposition* à un jugement de défaut contre avoué n'*est plus recevable?*

L'article 157 répond textuellement que c'est huit jours *après la signification à* AVOUÉ : donc la signification *à partie* n'est pas ici nécessaire : la loi ne l'exige pas.

Mais par quelle argumentation la *Chambre civile* de la Cour de cassation arrive-t-elle à dire que cette signification est néanmoins nécessaire?

Le voici :

Elle cherche son point d'appui dans une autre disposition du Code de procédure qui est inapplicable ici, dans l'article 147, au titre *des jugements*, article qui, s'occupant uniquement de l'*exécution* des jugements, exige d'une manière absolue et générale que l'on ne puisse arriver à cette *exécution* qu'après une signification à la partie condamnée elle-même.

Mais, quand il s'agit simplement de mettre un terme à une voie d'attaque contre le jugement, la loi dispose-t-elle avec cette généralité? Non, évidemment, non.

D'abord, pour l'opposition, on vient de voir que souvent la signification à avoué suffit; et, pour l'appel lui-même, l'article 443 ne l'exige que pour les jugements *contradictoires*.

Et de quel droit dès lors, tandis que la loi a des règles diverses pour chaque cas particulier, viendrait-on transporter ici une disposition qui est faite pour un cas tout différent?

De quel droit surtout le ferait-on, lorsque très-évidemment il n'y a pas mêmes motifs pour un cas et pour l'autre?

On comprend, en effet, que quand il s'agit de l'exécution même du jugement, de cette exécution qui peut être si rapide, si foudroyante, si désastreuse, la loi ait voulu que la partie fût toujours et personnellement avertie.

Mais en est-il de même lorsqu'il s'agit simplement du cours d'un délai fort long en lui-même, d'un délai de trois mois, et souvent encore prolongé ou suspendu? Évidemment il n'y a pas même motif dans un cas et dans l'autre; il n'y a pas de raison pour transporter à l'article 443 une règle qui est faite pour une autre hypothèse, pour l'exécution.

Et c'est pourtant simplement ce que fait la Chambre civile de la Cour de cassation.

Voici tout son système, sans parler de ses précédents arrêts; voici comment elle s'exprime dans le dernier, celui du 15 juillet 1856, où elle semble avoir voulu s'appliquer particulièrement à justifier sa décision :

« Attendu qu'il est de principe que les jugements qui pro-
» noncent des condamnations doivent être signifiés à partie ou
» à domicile, soit pour devenir exécutoires, *soit pour faire*
» *courir le délai d'appel;* que cela résulte des dispositions com-
» binées des articles 147 et 443, etc. »

Tout est là : sans doute si nous avions un texte qui, avant tout, posât comme une règle générale la nécessité de la signification à personne ou domicile, soit pour l'exécution, *soit pour faire courir le délai d'appel,* nous dirions : l'arrêt de la Cour de cassation a un fondement solide; une fois cette signification préalable supposée, et légitimement supposée dans l'art. 443, on dirait avec la Chambre civile de la Cour de cassation : voilà tout ce qu'a voulu la loi; si le jugement est contradictoire, c'est-à-dire rendu ou censé rendu en présence de la partie, alors la signification à partie suffit pour faire courir le délai de l'appel; la voilà avertie; qu'elle aille à conseil et qu'elle pourvoie à ses intérêts.

Mais si le jugement est par défaut, si la partie n'a pas été défendue par son avoué, il lui faut plus de faveur : laissons-lui d'abord le délai d'opposition, et ne faisons courir le délai d'appel que de l'expiration de celui-ci, ce qui d'ailleurs est rigoureusement juste, puisque, pendant le délai d'opposition, elle n'a pas pu former appel (art. 454): *contrà non valentem agere non currit prescriptio.*

Oui : la nécessité de cette signification préalable à la partie est toujours et partout voulue par la loi; je reconnais aux arrêts de la Chambre civile de la Cour de cassation, sur la question qui nous occupe, un fondement solide.

Mais on vient de le voir, c'est par une véritable pétition de principe que la Cour de cassation l'admet ainsi; c'est en supposant que l'article 147, « fait pour l'*exécution* des jugements, » est applicable ici, où il ne s'agit que d'un simple *cours du délai d'appel.*

Un auteur qui admet la doctrine de la Cour de cassation (Chambre civile), et qui veut aussi cette nécessité de la signification à partie et toujours, n'a pourtant pas osé la trouver édictée dans l'article 147, fait pour un cas particulier qui n'est pas celui-ci; mais il a été plus hardi encore : il a dit qu'il fallait l'admettre, quoiqu'elle ne fût écrite nulle part, et parce que, selon lui, *elle était de droit naturel!* « Une disposition particu-
» lière exigeant la signification à personne ou domicile pour

» faire courir le délai d'appel à l'égard de tout jugement (a dit » M. Chauveau sur Carré, t. III, p. 622) n'est pas sans doute » expressément écrite, mais elle est de droit naturel; et voilà » pourquoi l'article 443 la présuppose, ainsi que nous l'avons » fait remarquer. »

Franchement, c'est trop commode! Nous aurions besoin d'un texte pour étayer notre opinion : nous ne l'avons pas; nous invoquons le *droit naturel*, et là, chacun peut trouver tout ce qu'il veut! et avec ce système les lois s'en vont.....

La Cour de cassation, sans doute, a eu raison de ne pas pousser la hardiesse jusque-là; mais, suivant moi, elle a eu tort de trouver écrit dans l'article 147 un principe *général* qui ne s'y trouve pas.

Mais une même pensée se cache sans doute, et sous les efforts que fait la Cour de cassation pour trouver dans l'article 147 ce qui n'y est pas, et dans le recours désespéré de M. Chauveau au *droit naturel* pour le substituer au droit positif dont il aurait besoin, et dans tous ceux, auteurs ou magistrats, qui combattent des textes qui ont paru si clairs à la *Chambre des requêtes* de la Cour de cassation, et cherchent à leur échapper, c'est évidemment que si on applique simplement ces textes, c'est-à-dire si on admet le cours du délai d'appel dans le cas qui nous occupe, sans signification préalable à la partie, il y a injustice commise à son égard, et qu'elle n'est point suffisamment protégée. Évidemment, cette idée est l'âme de toute cette opposition.

Eh bien! cette idée est-elle réellement fondée? Est-il vrai que la loi, entendue comme les textes la présentent, abandonne le condamné sans protection? Est-il vrai enfin que le législateur de 1807, en traçant ces textes, en admettant une différence bien réelle entre le condamné par jugement contradictoire et le condamné par défaut (contre avoué), n'ait pas eu, n'ait pas cru avoir des motifs suffisants pour agir ainsi (nécessité de signification à partie dans un cas, suffisance de signification à avoué dans l'autre)?

Traçons bien la différence de position : quand le jugement a été contradictoire, le condamné ne peut recourir à l'opposition; il n'a pour lui que l'appel, et pour cet appel c'est lui-même qui doit pourvoir à ses intérêts; il ne peut dans aucun cas s'en prendre à son avoué qui n'a rien à faire devant le tri-

bunal d'appel ; il faut donc qu'il soit averti *lui-même* : la loi l'a voulu et l'a dit avec raison.

Mais celui qui a été condamné par défaut, ayant un avoué, est-il dans la même position? Évidemment, non ; le premier devoir de son avoué qui a reçu la signification, et même auparavant, est d'avertir son client, et même si celui-ci ne le lui défend pas, de former opposition.

Et s'il ne le fait pas, il devient responsable ; et quand on songe à la facilité assez large qu'a eue dans le principe le plaideur de bien placer sa confiance en choisissant dans un nombre assez grand d'officiers ministériels, on peut croire que le législateur a pu penser l'avoir suffisamment protégé en faisant courir le délai d'appel à partir de l'expiration du délai d'opposition et même sans signification à la partie elle-même.

En effet, on doit croire qu'en pareil cas l'opposition aura toujours lieu, à moins que le client lui-même ne l'ait pas voulue, pour recourir tout de suite à l'appel ou pour acquiescer ; mais alors de quoi se plaindrait-il? Il n'a été fait que ce qu'il a bien voulu.

Et s'il en était autrement, si c'était par la négligence de l'avoué que l'opposition n'ait pas eu lieu, les droits du client seraient à couvert par la responsabilité de l'avoué ; en sorte que, sans un danger réel pour celui-ci, la loi a cru pouvoir chercher plus de rapidité et plus d'économie, et arriver plutôt à la fixité du jugement, ce qui est bien un avantage aussi.

Que devient donc alors cette injustice si criante à laquelle on croyait peut-être tout à l'heure, et qui a fait chercher par la Cour de cassation dans l'article 147 ce qui n'y était pas, et amené de la part de M. Chauveau cette invocation du *droit naturel* qui, on est bien obligé d'en convenir, détruirait toute loi?

Les textes sont clairs, et les textes peuvent à la rigueur se justifier.

Mais dans tous les cas, et quand même on ne trouverait pas cette justification suffisante, il n'est permis qu'au législateur de les changer ; et parce qu'on ne trouverait pas la loi bonne en elle-même, ou qu'on la trouverait mieux autrement, il n'est permis ni aux auteurs ni aux tribunaux de tourmenter les textes, de leur faire dire autre chose que ce qu'ils disent, et de faire en un mot une loi à la place de la loi ; demandez-en, si vous voulez, la modification ; mais en attendant faisons comme la Chambre des requêtes de la Cour de cassation elle-même, et

pensons que, jusqu'à cette modification, il faut appliquer les textes tels qu'ils se présentent; et, laissant l'article 147 à sa place et ne le transportant pas là où il ne doit pas être, disons simplement, avec les articles 143 et 157, que pour le jugement par défaut (contre avoué), le délai d'appel court toujours *du jour* où l'opposition n'est *plus recevable*, et que ce jour expirant huitaine après la simple signification *à avoué*, c'est toujours de ce moment que court le délai d'appel, quand même il n'y aurait pas eu une signification *à partie*, que dans ce cas la loi n'a exigée nulle part.

Et enfin, il est peut-être une dernière observation qui aurait de l'empire sur tout homme non fortement prévenu.

D'après la doctrine de l'arrêt qui a provoqué ces réflexions, deux cas pourraient se présenter même pour le jugement de défaut : ou bien la signification à personne (toujours supposée nécessaire par cet arrêt) aurait eu lieu avant l'expiration du délai d'opposition, ou elle aurait eu lieu après; et alors la rédaction faite pour ces deux cas aurait dû dire (car les lois ne sont pas faites pour présenter des énigmes), dans l'un de ces cas, le délai d'appel courra de l'expiration du délai d'opposition, et, dans l'autre, seulement de la signification à partie venant après cette expiration ; mais quand la loi dit simplement et sans distinction que le délai d'appel courra du *jour où l'opposition ne sera plus recevable*, c'est qu'elle a voulu qu'il en fût toujours ainsi, c'est-à-dire sans s'informer si ou non il y a eu signification *à partie*.

On a vu quelquefois la Chambre civile elle-même revenir sur sa propre jurisprudence.

Il semble qu'on pourrait l'espérer, d'autant mieux qu'ici elle se trouve en opposition avec la *Chambre des requêtes* de la même Cour, et composée, comme on le sait, d'un nombre de magistrats égal à celui de la Chambre civile; et l'on n'aurait plus au moins à regretter sur ce point ces luttes intestines que l'on a vu régner quelquefois dans le sein même de la Cour suprême entre deux de ses Chambres, et, comme on le voit, dans la circonstance actuelle.

Mais la possibilité même de pareilles oppositions entre deux Chambres de la Cour de cassation ne suggère-t-elle pas une réflexion sur une organisation qui peut y donner lieu? Est-il donc bien que pour les matières civiles, cette Cour se divise en deux

sections ou chambres statuant successivement sur la même affaire et pouvant le faire, et le faisant quelquefois différemment? Ne serait-ce pas mieux que, comme elle le fait pour les matières pénales, comme le fait en général tout tribunal pour les matières de sa juridiction, la Cour de cassation statuât aussi dans les matières civiles par une seule et même section, par un seul et même arrêt, ce qui éviterait au moins la diversité de jurisprudence dont je parle? Et ajoutons que cette section unique en matière civile, largement composée avec un nombreux personnel, imposerait bien davantage son autorité et ramènerait plus aisément à cette unité de règle tant à rechercher, tant à désirer.

Chose étrange, dans l'état actuel des choses, la Cour de cassation, essentiellement instituée pour maintenir en France l'uniformité de législation, présente souvent elle-même, par une fatale division, diversité de vues, contrariété de décisions!

Il s'agit sans doute d'un objet grave et qui mériterait de profondes méditations; mais l'occasion s'est présentée d'y toucher, et je n'ai pas pensé que ce fût une trop grande témérité.

BOLLAND.

EXAMEN DOCTRINAL

De Jurisprudence civile et administrative.

Par M. Fl. Mimerel, docteur en droit, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

SOMMAIRE.

1. *Assurances militaires. Exonération. Substitution de numéros.* — La loi du 26 avril 1855, sur la caisse de la dotation de l'armée, n'a point interdit les traités passés entre des agents d'assurances militaires et les familles pour procurer aux jeunes gens leur libération du service par l'exonération ou la substitution de numéros.
2. *Compétence des conseils de révision. — Validité des traités.* — Les conseils de révision ne sauraient, sans excès de pouvoirs, refuser d'autoriser une substitution de numéros à raison de l'intervention d'un agent d'assurances.
3. Et une pareille décision ne peut réagir sur la validité du traité contracté avec lui pour cet objet, après que la substitution a été accomplie.
4. *Remplacement militaire. — Responsabilité du remplacé.* — L'article 23 de la loi du 21 mars 1832 limitait à un an la responsabilité du remplacé en cas de désertion du remplaçant, mais non la durée de l'action de l'administration contre le remplacé.
5. *Péremption d'instance. — Jugement interlocutoire.* — Le jugement interlocutoire qui contient des chefs de décision définitifs, ne fait obstacle à la péremption de l'instance par discontinuation de poursuites pendant trois ans, qu'autant que ces chefs définitifs ont une connexité directe avec les points qui restent à juger.
6. *Propriétés riveraines des routes. — Fossés. — Sûreté de la circulation.* — L'administration ne peut ni empêcher les propriétaires riverains des routes de creuser des fossés sur leurs fonds, ni les obliger à exécuter des travaux de défense pour la sûreté de la circulation.
7. *Hospices. — Pensionnaires. — Sœurs hospitalières. — Contributions personnelle et mobilière et de la patente.* — Les sœurs chargées du service d'un hospice sont assujetties à la contribution personnelle et mobilière à raison des logements qu'elles y occupent.
8. Mais la sœur supérieure ni la commission administrative de l'hospice ne peuvent être imposées à la patente sous prétexte qu'indépendamment des indigents, quelques pensionnaires seraient reçus dans l'établissement.

1. — (Dijon, 12 novembre 1856; *Dall.*, 57, 2, 87.) — La question tranchée par cet arrêt se rattache à l'application de la dernière loi, du 26 avril 1855, sur la libération du service militaire. Elle se recommande à l'attention des lecteurs par un double intérêt : d'abord c'est la première décision, à notre con-

naissance du moins, qui ait pour objet l'interprétation de cette législation nouvelle ; en second lieu, la solution de la difficulté touche à l'existence même de l'industrie des assurances militaires, déjà si profondément atteinte par la suppression du remplacement.

La Cour de Dijon a jugé que cette loi du 26 avril 1855, en créant la caisse de la dotation de l'armée exclusivement chargée de pourvoir au remplacement des jeunes gens exonérés, a donné à l'État le monopole de ces remplacements et supprimé complétement les anciennes compagnies d'assurances ; que dès lors ces compagnies, aujourd'hui proscrites, ne peuvent s'immiscer dans les opérations relatives à la libération du service militaire même par substitution de numéros, et qu'ainsi toute convention particulière passée entre les familles et un agent d'assurances, intervenant à titre d'intermédiaire pour procurer une substitution de numéros, est nulle comme ayant une cause illicite et contraire à la loi, et ne peut conséquemment engendrer aucun lien de droit.

A l'appui de cette décision, la Cour de Dijon invoque l'autorité d'une circulaire de M. le ministre de la guerre, du 26 février 1856, dans laquelle l'administration a interprété la loi de 1855 comme prohibitive de toute participation des anciennes compagnies d'assurances dans les opérations relatives au recrutement de l'armée. M. le ministre prescrivait en conséquence aux préfets et aux conseils de révision de repousser leur intervention de la manière la plus absolue, et sous quelque forme qu'elle se produisît.

L'arrêt du 12 novembre s'est conformé pleinement à cette circulaire, à laquelle il semble avoir emprunté ses motifs.

Mais l'autorité de ce document administratif ne saurait nous empêcher de rechercher si cet arrêt renferme une saine application des dispositions de la loi du 26 avril, combinées avec les principes généraux du droit, ni le mettre à l'abri de la critique si, en réalité, il s'est mépris à ce sujet ; car l'administration ne peut que pourvoir à l'exécution de la loi, en réglant les mesures nécessaires à sa mise en œuvre et à son fonctionnement ; elle n'a point la puissance de rien changer ni de rien ajouter à ses prescriptions. Si donc, dans ses instructions, elle vient à la fausser par quelque exagération, ou si elle se laisse entraîner à quelque erreur d'interprétation, les tribunaux ne

doivent point en tenir compte; c'est la loi qu'ils doivent prendre pour l'unique règle de leur jurisprudence; c'est elle seule qu'ils doivent envisager, de manière à la maintenir toujours intacte dans son texte et dans son esprit. Les actes émanés de l'administration pour son exécution ne peuvent être considérés par eux que comme des éléments d'appréciation utiles à consulter, mais qu'ils doivent bien se garder de faire prévaloir sur la loi elle-même lorsqu'ils la dénaturent. Ces actes ne sauraient, dans ce cas, peser sur la conscience des juges, ni porter aucune atteinte à la validité des contrats civils qui ne seraient pas en opposition avec la législation.

En s'arrêtant uniquement à l'examen de la thèse de droit que la Cour de Dijon a donnée pour base à son arrêt, et en faisant abstraction des circonstances particulières de fait qu'elle a prises accessoirement en considération (circonstances étranges, et sur lesquelles nous nous expliquerons en quelques mots plus tard), il semble impossible d'accepter, malgré le patronage de M. le ministre de la guerre, la solution consacrée par cet arrêt; car elle nous paraît reposer tout à la fois sur un oubli complet des règles du droit commun en matière de conventions et sur une interprétation erronée de la loi du 26 avril, dont on a poussé les conséquences bien au delà des prévisions et de la volonté du législateur.

C'est en effet un principe aujourd'hui hors de toute contestation, que les conventions particulières qui ont pour objet la libération du service militaire par les modes et sous les conditions établis par la loi, sont valables en elles-mêmes, comme dans toute autre matière; qu'elles n'ont rien de contraire ni aux bonnes mœurs ni à l'ordre public; qu'elles ne sont donc affectées d'aucun vice de nullité à raison de leur objet, et ne rentrent conséquemment point dans la classe de celles que prohibent les articles 6 et 1133 du Code. Qu'elles soient contractées entre l'appelé et celui qui prend sa place au service militaire, ou bien entre lui et un intermédiaire qui s'oblige, à ses risques et périls, à le faire libérer par les moyens légaux, elles produisent également effet, et trouvent leur sanction dans les dispositions de l'article 1134.

Dans l'origine, les tribunaux avaient, il est vrai, témoigné quelque hésitation à reconnaître et à consacrer la légalité de ces stipulations. M. Merlin lui-même, au mois de décembre 1810,

cédant à la préoccupation des nécessités d'un gouvernement exclusivement militaire, qui avait à lutter contre la lassitude et l'épuisement du pays après une longue période de guerres incessantes, s'était prononcé pour la proscription de toute convention relative au remplacement, dans son réquisitoire de l'affaire Zerboi. Cette convention, disait-il, était contraire à l'ordre public, parce que les entrepreneurs de remplacement allaient exagérant les fatigues et les dangers du service pour obtenir un plus haut prix; ce qui impressionnait les masses défavorablement et nuisait au recrutement de l'armée. Il ajoutait que, d'autre part, les remplaçants, auxquels ils donnaient le prix le plus modique qu'ils pouvaient, se dégoûtaient bientôt du service qu'ils remplissaient pour autrui sans en avoir touché le véritable prix; ce qui multipliait les désertions.

Mais toute incertitude a bientôt cessé, après que le législateur lui-même, dans les lois du 10 mars 1818 et du 21 mars 1832 (art. 18 et 24), eut déclaré soumises aux mêmes règles et formalités que tout autre contrat civil, les stipulations particulières concernant les remplacements et substitutions de numéros, qui étaient, sous l'empire de ces lois, les deux modes autorisés pour la libération du service militaire. La Cour de cassation proclama, par ses arrêts Musset du 13 janvier 1841, la légalité des traités contractés par les tiers, en leur nom personnel, comme intermédiaires en matière de remplacement, et, depuis, une jurisprudence constante a continué l'application de cette doctrine.

Ainsi le voulait d'ailleurs le principe dominant de la liberté des conventions, qui ne saurait avoir d'autres limites que le respect des bonnes mœurs et de l'ordre public, ou une disposition formelle de la loi. Or, les bonnes mœurs et l'ordre public étaient complétement désintéressés dans la question, quoi qu'en ait pu dire M. Merlin; et, d'autre part, aucune disposition de loi n'apportait en ce point une restriction à la liberté des conventions, ainsi que le constatait la Cour de cassation dans son arrêt du 13 janvier 1841.

Pas plus que la loi du 21 mars 1832, la loi du 26 avril 1855 ne renferme aucune disposition qui abroge ce principe dans la matière spéciale qu'elle réglemente.

Sans doute, en modifiant les modes légaux de la libération du service militaire, elle en a, par la force même des choses,

modifié l'application; elle en a rétréci le champ, pour détruire des abus bien connus qui s'étaient développés dans la pratique, et qui appelaient impérieusement une réforme législative. Mais elle ne l'a nullement proscrit; et dès lors, encore qu'elle fasse obstacle à certaines stipulations, parce qu'elle en a prohibé l'objet, et qu'elle leur a conséquemment enlevé un de leurs éléments essentiels d'existence, une cause licite, elle a du moins laissé entière la liberté des conventions particulières dans le cercle des combinaisons qu'elle a admises.

Pour déterminer dans quelle mesure peut encore s'exercer aujourd'hui cette liberté, il faut donc préciser l'étendue des modifications apportées par la loi nouvelle dans les règles qui président à la libération du service militaire. On reconnaîtra ainsi quelles sont les stipulations qui, se trouvant en contravention aux dispositions de cette loi, doivent tomber sous le coup des nullités créées par les articles 1131 et 1133 du Code, et quelles sont celles, au contraire, qui sont placées sous la protection de l'article 1134.

Des deux modes que sanctionnait la loi du 21 mars 1832 pour parvenir à la libération du service militaire, et qui pouvaient, par suite, aux termes de son article 24, devenir la matière de traités particuliers, la substitution de numéros entre jeunes gens compris dans le même tirage et le remplacement, la loi du 25 avril a condamné le second. Le nombre trop considérable des remplaçants, le mauvais choix de ceux que présentaient soit les jeunes gens appelés à partir, soit les agents par lesquels ils se faisaient assurer, tendaient à énerver la composition de l'armée. D'autre part, les manœuvres déloyales qui signalaient trop souvent les remplacements, révoltaient la conscience publique. Pour couper court à ces abus, la loi nouvelle a déclaré le remplacement aboli, à part quelques exceptions justifiées par la parenté et circonscrites dans les plus étroites limites.

A ce mode de libération, supprimé en règle générale, elle a substitué l'exonération, qui a le double avantage de permettre aux appelés de se faire exempter sans embarras, en versant le prix d'un remplaçant au lieu de fournir le remplaçant lui-même, et à l'État, de mieux recruter l'armée, soit au moyen de rengagements souscrits par d'anciens soldats, soit au moyen de remplacements opérés directement par la voie administrative, ou,

pour parler plus exactement, d'engagements à prix d'argent auxquels l'exonéré demeure complétement étranger.

Quant à la libération par substitutions de numéros, la loi n'y a point touché, et elle l'a conservée à côté de l'exonération.

Son article 10, en effet, qui déclare le remplacement aboli, déclare en même temps, par une disposition expresse, que la substitution de numéros est maintenue telle qu'elle était autorisée par la législation antérieure.

De cette organisation nouvelle il résulte bien, il est vrai, comme l'a dit la Cour de Dijon, que la loi du 26 avril a supprimé les compagnies ou agences qui avaient pour objet de faire des remplacements militaires; car tout traité tendant à une pareille opération serait aujourd'hui sans cause licite en droit, puisqu'elle est formellement interdite par son article 10, et même pour s'exprimer avec une entière exactitude, sans cause existante en fait, puisqu'il n'est plus possible à l'appelé de présenter et de faire agréer un remplaçant au service militaire.

Mais si un traité de ce genre est frappé de nullité, ce n'est pas parce qu'il est passé entre l'appelé et un tiers qui agit comme intermédiaire et intervient à l'opération; ce n'est pas à raison de la participation d'un agent d'assurances repoussée par la loi. Il ne serait pas moins radicalement nul, étant contracté directement entre l'appelé et un remplaçant; car le vice qui l'affecte est inhérent à son objet même et tout à fait indépendant de la qualité des personnes entre lesquelles il s'est formé.

Si donc les compagnies de remplacements militaires sont supprimées par la loi de 1855, c'est uniquement parce que le remplacement lui-même est supprimé, un autre mode de libération lui étant substitué.

De cette suppression, il n'est dès lors pas permis de conclure, comme l'a fait l'arrêt que nous étudions, que cette loi a proscrit et entendu proscrire toute intervention de la part des tiers dans toute opération relative à la libération du service militaire; qu'aucun intermédiaire ne peut peut plus s'entremettre dans celles de ces opérations dont elle a précisément sanctionné la légalité, soit pour procurer au jeune homme appelé à concourir au tirage une substitution de numéros dans les conditions autorisées par la loi de 1832, soit pour lui faciliter le bénéfice de l'exonération.

Cette doctrine restrictive du principe de la liberté des conventions, et conséquemment dérogatoire aux règles du droit commun, ne rencontre pas plus d'appui dans l'esprit de la loi de 1855, tel qu'il nous est révélé par la discussion législative à laquelle elle a donné lieu, que dans son texte. Cette discussion, au contraire, aurait dû fournir à la Cour de Dijon, dans le silence des textes, la preuve que le législateur ne s'était nullement proposé d'introduire en cette matière une prohibition tout exceptionnelle, mais qu'il avait voulu laisser place aux combinaisons des assurances.

Le Gouvernement, en effet, dans l'exposé des motifs accompagnant la présentation de la loi, déclarait formellement que si l'article 10 annulait *en fait* les compagnies de remplacement, cette suppression ne portait aucune atteinte aux opérations des compagnies d'assurances avant le tirage, destinées à venir en aide aux classes peu aisées. Plus tard, un amendement ayant été formulé par un député pour exclure l'intervention de toute espèce de compagnies et attribuer à l'État de la manière la plus complète le monopole des assurances, il fut rejeté par la commission d'examen, et le rapporteur, en s'expliquant sur cette proposition dans la séance du 26 mars, protesta fort nettement, au nom de la liberté de l'industrie, contre un tel système, et insista sur la nécessité de laisser à la concurrence privée les assurances, contrats essentiellement aléatoires.

Aussi, en ce qui concerne l'un des modes légaux de la libération, l'exonération, de nombreuses compagnies fonctionnent aujourd'hui, sans que la légalité de leurs opérations ait jamais été mise en question, pour faire profiter de son bienfait les jeunes gens appelés au service militaire, en leur offrant le double avantage de le leur procurer, au moyen d'un contrat aléatoire, à un moindre prix, et de les dispenser, par leurs avances, d'un payement immédiat qu'un grand nombre d'entre eux serait peut-être dans l'impossiblité d'effectuer avec ses seules ressources.

Et pourquoi ce qui est licite pour l'exonération ne le serait-il pas également relativement à l'autre mode légal de libération, la substitution de numéros? Pourquoi l'intervention des tiers, admise dans la première, serait-elle interdite dans la seconde?

Rien dans la loi de 1855 n'autorise à cet égard une distinc-

tion. Cette loi ne s'occupe de la substitution de numéros que pour déclarer, dans son article 10, qu'elle est maintenue ainsi qu'elle existait d'après la loi du 21 mars 1832; elle n'en fixe, d'ailleurs, les conditions par aucune autre disposition. Elle se réfère donc pour ces conditions à la législation antérieure, et ainsi elle s'approprie implicitement les règles tracées sur ce sujet en 1832, comme si elle les reproduisait dans son texte.

Or, parmi ces règles, figure l'article 24 de cette loi, qui proclame la validité des conventions particulières relatives à cet objet, en les soumettant aux formalités du droit civil.

Sous l'empire de cette loi, aux termes de cet article 24, des stipulations pouvaient se former, soit directement, soit par intermédiaires, et pour le remplacement et pour la substitution.

A la différence de ce qui se passait alors, d'après l'article 10 de la loi nouvelle, il n'en peut plus intervenir, ni directement, ni par intermédiaires, pour le remplacement qui est aboli; mais il en peut toujours intervenir de même pour la substitution de numéros, puisqu'en ce point la législation n'est pas changée.

La législation n'est pas changée, et il n'y avait aucune raison pour qu'elle le fût; car cette substitution n'offre pas, pour la composition de l'armée, les mêmes dangers que le remplacement, avec lequel elle n'a rien de commun.

En effet, tandis que pour les besoins du remplacement, les agents d'assurances allaient recruter au loin des remplaçants et venaient ensuite les présenter à des conseils de révision auxquels ils étaient inconnus, et qui devaient les accepter sur la garantie, trop souvent illusoire, de certificats, la substitution, ne pouvant s'effectuer qu'entre jeunes gens du même canton et concourant au même tirage, n'expose pas l'autorité à d'aussi grandes chances de surprise. Le remplacement remplissait l'armée d'hommes que la loi n'appelait pas, et il en modifiait ainsi les éléments, de la manière la plus fâcheuse. La substitution de numéros, au contraire, ne peut s'exercer qu'entre jeunes gens, tous destinés à former le contingent, et ainsi elle place dans les rangs de l'armée, au lieu du jeune soldat désigné par le sort, un homme que la loi appelle également. La substitution, on le voit, ne présente donc aucun des inconvénients du remplacement pour l'organisation de notre force militaire, et le législateur l'a si bien senti qu'il n'exige du substituant aucune justifi-

cation, et n'impose à son admission d'autre condition que l'aptitude physique au service.

Il n'y a point, dès lors, à s'étonner que la loi du 26 avril 1855 n'ait point songé à toucher à ce mode de libération du service militaire, et qu'il l'ait laissé subsister avec les règles consacrées par la loi de 1832. Si la Cour de Dijon avait arrêté davantage son attention sur les conditions essentielles et les effets de la substitution, au lieu de la confondre avec le remplacement, elle aurait plus justement apprécié la portée et le sens de l'article 10 de la loi nouvelle. Elle aurait reconnu que cet article, en maintenant en ce point la législation antérieure, avait implicitement confirmé l'article 24 de la loi de 1832; que, par suite, l'administration de la guerre était tombée dans une grave erreur en pensant que la loi nouvelle l'autorisait à repousser, dans cette opération, toute intervention des tiers; que cette intervention, si la pratique venait à en révéler le danger, ne saurait être proscrite que par une seconde loi destinée à compléter l'œuvre de celle de 1855; que celle-ci, enfin, laissait aux familles la faculté de recourir aux services d'un agent d'assurances pour se procurer un substituant, et qu'en conséquence, les traités souscrits pour cet objet n'ayant rien de contraire à la loi et dérivant, comme tous autres, du principe de la liberté des conventions, l'agent qui avait fait opérer une substitution de numéros pouvait s'adresser à la justice afin d'obtenir l'exécution des engagements contractés à son profit pour prix de son intervention et déniés par la mauvaise foi du substitué après sa libération.

Nous n'hésitons donc pas à regarder la théorie de droit adoptée par la Cour de Dijon, sur le caractère illicite des conventions passées par des agents intermédiaires en matière de substitution de numéros, comme aussi contraire aux règles de la législation spéciale qu'à celles du droit commun. La validité des traités concernant la libération du service militaire, pourvu qu'ils s'exercent sur les modes admis par la loi, la substitution et l'exonération, n'est pas plus contestable aujourd'hui qu'elle ne l'était sous l'empire de la loi de 1832, et, par suite, ils doivent toujours trouver une sanction dans la disposition de l'art. 1134 du Code.

2. Quant aux circonstances particulières du fait relevées par l'arrêt et dont nous avons fait abstraction, parce qu'elles sont

étrangères à la thèse de droit et qu'elles la laisseraient entière, alors même qu'elles seraient de nature à justifier dans l'espèce la décision de la Cour de Dijon, elles ont quelque chose de vraiment étrange et appellent plus d'une observation.

De cet arrêt il résulterait qu'une première décision du conseil de révision aurait refusé d'admettre la substitution de numéros, parce qu'un intermédiaire se serait immiscé dans les relations du substituant et du substitué; que le substitué aurait alors traité directement avec le substituant, et qu'à la suite de ce nouveau pacte la substitution aurait été autorisée.

Nous avons peine à comprendre qu'un conseil de révision ait pu rendre une décision qui n'avait d'autre objet que d'affecter de nullité un contrat civil. En agissant ainsi, pouvait-il se dissimuler à lui-même qu'il commettait l'excès de pouvoir le plus exorbitant? Les conseils de révision n'ont de juridiction que pour statuer purement et simplement sur les substitutions de numéros qu'on veut faire sanctionner. Ils doivent vérifier si elles réunissent les conditions fixées par la loi, et les accepter ou les repousser, suivant que ces conditions se rencontrent ou non. Or, ces conditions, auxquelles la loi soumet la substitution, sont uniquement que le substitué et le substituant fassent partie du même tirage cantonnal, et que le substituant soit reconnu propre au service. La substitution peut avoir lieu, suivant l'article 18 de la loi de 1832, lorsqu'elle se présente dans ces termes, et le refus de l'autoriser par quelque motif étranger aux causes ainsi déterminées ne saurait dès lors constituer qu'un acte arbitraire, puisque le conseil de révision mettrait sans droit sa volonté à la place de la volonté du législateur.

Ce vice affectait au plus haut degré la décision visée par la Cour de Dijon, puisque l'intervention d'un tiers dans les relations du substitué et du substituant était la seule raison sur laquelle elle était fondée, et qu'aucune disposition de la loi ne prohibe les substitutions de numéros qui n'auraient pas été directement convenues entre les parties intéressées. En statuant ainsi, le conseil de révision du département de Saône-et-Loire s'exposait à la censure du Conseil d'État, juge souverain de tout excès de pouvoirs en matière administrative et compétent dès lors, malgré les termes de l'article 25 de la loi de 1832, pour réprimer un acte aussi illégal.

3. Et ce qui ne nous étonne guère moins que cette singulière

décision du conseil de révision, c'est que la Cour de Dijon ait admis qu'elle avait pu avoir cet effet juridique d'annuler les engagements contractés entre le substitué et l'agent d'assurances.

Le traité passé entre eux avait pour objet de procurer à l'assuré le consentement d'un autre jeune soldat inscrit, sur la même liste cantonale, à échanger son numéro avec lui. L'assureur avait rempli sa promesse; il avait fourni un substituant qui avait pris la place de l'assuré; la substitution avait été en fin de compte réalisée, et elle avait amené la libération du substitué, qui avait ainsi recueilli le bénéfice du contrat.

Et parce qu'il avait plu à l'administration d'exiger préalablement que de nouvelles stipulations fussent directement convenues entre le substitué et le substituant, le traité souscrit par celui-ci avec son assureur aurait pu être légalement anéanti, et l'assureur aurait perdu le droit de réclamer le prix de son intervention, la rémunération du service rendu! Il suffirait donc alors à une autorité administrative de déclarer qu'elle entend déchirer un contrat civil pour que le contrat soit dépouillé de toute force légale!

Non, il nous paraît impossible que les tribunaux puissent trouver dans une décision arbitrairement prise par une autorité incompétente, et contre laquelle la loi ouvre une voie de recours, le germe d'une exception libératoire, susceptible de paralyser les effets d'une convention civile légalement formée, surtout au profit de la partie qui, pour s'assurer un avantage que la bonne foi répudierait, a acquiescé à cette décision et renoncé au recours que la loi lui offrait. Il n'y a point là un de ces cas de force majeure capables d'affranchir le signataire d'un contrat des obligations qu'il a assumées et de dépouiller celui envers qui il s'est engagé du bénéfice de stipulations légalement consenties. La validité de ces stipulations ne pouvait être laissée à la merci du bon vouloir de l'administration, et le prix de la substitution procurée par l'assureur restait dû par l'assuré, du moment qu'elle avait été consommée, sans qu'il y eût à tenir compte ici d'un vœu ni même d'une décision du conseil de révision tendant à l'annulation des conventions privées, puisqu'il était sans qualité et sans droit, soit pour émettre un vœu, soit pour prendre une décision à cet égard.

L'arrêt que nous examinons nous paraît donc injustifiable à

tous les points de vue. Tout au moins, nous croyons qu'il ne saurait être contesté que la théorie de droit sur laquelle il s'est appuyé, relativement au caractère illicite du traité qu'il avait à apprécier, est démentie tout aussi bien par les dispositions de la législation spéciale de la matière que par les principes du droit commun.

4. — (Cass., req. 12 janvier 1857, *J. du P.*, 57, 1, 114.)— Nous ne voulons pas quitter cette matière spéciale du remplacement militaire, sans nous arrêter à un arrêt de rejet de la Chambre des requêtes, fort remarquable par l'exactitude de sa théorie et la netteté de sa rédaction. La question qu'il tranche a perdu, il est vrai, son intérêt dans la pratique par l'effet de la législation nouvelle, qui a aboli le remplacement; mais elle conserve tout son intérêt de doctrine, parce qu'elle se rattache aux droits de l'administration publique et à la prescription de son action.

Il s'agissait d'interpréter le sens et la portée de l'article 23 de la loi du 21 mars 1832, qui déclarait que le remplacé serait, pour le cas de désertion, responsable de son remplaçant pendant un an, à compter du jour de l'acte passé devant le préfet; qu'il serait libéré si le remplaçant mourait sous les drapeaux, ou si, en cas de désertion, il était arrêté pendant l'année.

Ce texte signifiait-il que dans tous les cas, sans avoir à rechercher si le remplaçant était présent sous les drapeaux ou en état de désertion, le remplacé qui n'avait reçu, à l'expiration de l'année depuis le jour où avait été passé l'acte de remplacement, aucun appel de l'autorité militaire, se trouvait libéré, et que l'administration était absolument déchue du droit d'exiger de lui le service ? Ou bien fallait-il, au contraire, pour que le remplacé fût libéré, ou que le remplaçant fût mort sous les drapeaux avant l'expiration de l'année, ou qu'il fût présent au corps ou sous la main de la justice à ce moment; de telle sorte que s'il s'était soustrait au service pendant le cours de l'année et qu'il fût en état de désertion à son expiration, le remplacé demeurât responsable et exposé au recours de l'administration?

Le tribunal civil de la Seine avait adopté la première interprétation de cet article 23, en se fondant principalement sur ce que la volonté du législateur, lorsqu'il avait posé une limite d'un an à la responsabilité du remplacé, avait été de ne pas le laisser indéfiniment sous le coup d'un ordre de départ, qui eût

fait pour lui obstacle à toute pensée d'établissement. D'ailleurs, ajoutait-il, si l'autorité militaire a laissé écouler l'année sans exciper de la responsabilité du remplacé, elle ne peut s'en prendre qu'à elle de la perte de son droit.

Par un arrêt infirmatif, la Cour de Paris a, au contraire, fait prévaloir le second système, et la Cour de cassation a pleinement consacré cette doctrine.

Il n'est point douteux, à nos yeux, qu'elle n'ait fait, en décidant ainsi la question, la plus saine application de l'article 23, sur le sens duquel le tribunal de la Seine s'était complétement mépris.

Pour s'en convaincre, il suffit, si nous ne nous trompons, d'en lire avec attention le texte, qui nous paraît être parfaitement clair et ne pas prêter à une équivoque sérieuse.

Il déclare, par une première disposition, le remplacé libéré, si le remplaçant passe une année entière au service sans déserter.

Mais, en cas de désertion, il subordonne, par une seconde disposition, la libération du remplacé à la condition que le remplaçant sera arrêté dans l'année.

Donc, si le remplaçant n'est point arrêté dans l'année, le remplacé n'est point libéré.

D'où il suit, de toute évidence, que le remplacé n'est affranchi de la responsabilité de son remplaçant et exempté définitivement de l'obligation de servir, que si, au jour de l'expiration de l'année de garantie, le remplaçant est présent sous les drapeaux ou placé sous la main de l'autorité militaire.

En revanche, si le remplaçant déserteur est arrêté dans l'année, le remplacement a été utilement fait; il a tous ses effets légaux et produit l'exonération du remplacé.

La conséquence de cette disposition de la loi, c'est que jusqu'à l'expiration de l'année de garantie, malgré la désertion du remplaçant, le remplacé doit rester couvert par l'acte de remplacement, et l'administration n'aurait point le droit de le rappeler au service; car jusqu'à la dernière heure du dernier jour, le remplaçant peut être ramené sous le drapeau, et comme cette circonstance assure la validité du remplacement et la libération du remplacé, l'administration anticiperait sur son droit si, avant cette heure, elle prétendait exiger quoi que ce soit du remplacé. Celui-ci ne doit plus le service militaire que sous

une condition, et tant que la condition n'est point accomplie, son obligation ne peut être mise en œuvre; car il est incertain si elle se réalisera.

C'est donc véritablement au jour de l'expiration de l'année de garantie que se fixait, sous l'empire de la loi de 1832, la situation du remplacé.

Si à ce moment le remplaçant n'avait point quitté son corps, ou si, ayant déserté, il avait été arrêté et remis à la disposition de l'autorité militaire, l'acte de remplacement passé devant le préfet conservait toute son énergie. Il avait toujours protégé et protégeait encore le remplacé, qui se trouvait définitivement libéré.

Si, au contraire, le remplaçant n'était pas présent sous les drapeaux, à moins qu'il ne fût mort, l'acte de remplacement perdait toute efficacité; il était sans force légale au profit du remplacé, et celui-ci était tenu de répondre à l'appel de l'administration, soit en partant lui-même, soit en fournissant un nouveau remplaçant.

Toute espèce de doute à cet égard s'évanouit, si l'on rapproche de cet article 23 de la loi de 1832 l'article 55 du décret du 8 fructidor an XIII, qui a servi de point de départ à la législation postérieure sur la responsabilité du remplacé.

Cet article portait, en effet, que toutes les fois que le suppléant d'un conscrit avait déserté avant d'avoir passé au corps deux ans accomplis, le remplacé était tenu de fournir un autre suppléant dans le délai de quinze jours, à compter de celui où l'ordre lui en serait donné, ou de marcher lui-même, à moins, ajoutait l'article 58, que le suppléant, condamné pour n'avoir pas rejoint ou pour avoir déserté, fût arrêté dans le mois de sa condamnation.

Cette rédaction ne laisse aucune équivoque sur l'étendue de la responsabilité du remplacé; il est bien manifeste qu'aux termes de ces articles, il n'était déchargé de l'obligation du service militaire que si le remplaçant était resté deux années entières sous les drapeaux sans avoir déserté, ou si, ayant déserté, il avait été repris. Or les lois de 1818 et de 1832, sous une autre rédaction, n'ont évidemment fait que reproduire et continuer en ce point cette législation, qu'elles ont seulement adoucie et rendue plus favorable au remplacé, en abrégeant d'abord de moitié le temps de sa responsabilité, et en ne le soumet-

tant plus, en second lieu, à l'exercice de cette responsabilité avant l'expiration du terme d'une année, auquel sa position vis-à-vis de l'administration devient définitive.

Le remplacé n'est donc libéré que si, à l'achèvement de cette année de garantie, le remplaçant est présent sous les drapeaux, ou s'il a été arrêté et se trouve placé sous la main de l'autorité militaire, sans qu'il y ait lieu de distinguer, ainsi que l'atteste l'article 58 du décret de fructidor an XIII, le cas d'insoumission du cas de désertion. Vouloir, au contraire, qu'il soit complétement exonéré de toute obligation par la seule échéance de l'année, et que l'autorité militaire soit dépouillée de tout droit vis-à-vis de lui, si elle ne lui fait connaître avant l'expiration du terme l'inexécution de l'acte de remplacement, c'est tout à la fois accumuler des non-sens et des impossibilités en fait, et heurter les principes du droit en matière de prescription, qui ne permettent pas qu'une action soit atteinte par la déchéance avant d'avoir pu être utilement exercée.

D'abord, en effet, puisque jusqu'à l'expiration de ce terme de l'année de garantie, l'inexécution de l'acte de remplacement est sans influence sur sa validité et n'empêche pas qu'il puisse produire ses effets légaux, il est impossible que l'autorité militaire signifie d'avance au remplacé qu'il est ou n'est pas libéré.

Ensuite, comme d'une part elle ne peut rien exiger de lui ni lui donner aucun ordre avant l'événement de ce terme, si, d'autre part, elle ne peut plus le contraindre au service après son échéance, la responsabilité du remplacé est absolument illusoire, et la disposition contenue dans l'article 23 au profit de l'administration ne constitue qu'une lettre morte, non susceptible d'exécution, condamnée à une ridicule impuissance. Car, en supposant même que le remplacé fût domicilié précisément au lieu de la garnison du corps auquel appartiendrait le remplaçant, l'autorité militaire n'aurait pas seulement une heure utile pour lui donner l'injonction de prendre la place du déserteur non arrêté.

Ajoutons enfin qu'avec l'interprétation que nous combattons, s'il fallait que le remplacé reçût dans l'année l'injonction de rejoindre son corps, sa responsabilité n'aurait plus un terme fixe et légal, et que sa durée plus ou moins longue dépendrait de l'éloignement plus ou moins grand du corps auquel serait attaché le remplaçant. Elle serait de quelques mois à peine pour

les régiments employés en expédition ou aux colonies, à raison du temps considérable qui serait nécessaire pour faire parvenir au ministère le certificat constatant l'absence du remplaçant, et faire ensuite notifier dans l'année au remplacé l'ordre de partir.

Et vainement on invoquerait l'intérêt du remplacé.

La loi a voulu, dit-on, ne pas le laisser indéfiniment sous le coup d'un ordre de départ qui eût fait pour lui obstacle à toute pensée d'établissement.

Ce but se trouve atteint par la disposition de l'article 23 de la loi de 1832, sans qu'il soit besoin d'y rien ajouter ni d'y chercher une déchéance contre l'administration qui n'aurait pas transmis au remplacé l'ordre de départ avant l'expiration de l'année. Car cet ordre lui sera toujours donné dans un délai très-rapproché de ce terme. Et, d'ailleurs, qui l'empêche de s'assurer lui-même, sans attendre un avis de l'autorité, de la présence au corps de son remplaçant à ce moment?

Le législateur, au contraire, a mieux compris cet intérêt du remplacé, en ajournant à l'expiration de l'année de garantie le droit pour l'administration de le rappeler sous les drapeaux; car si elle avait dû exercer ce droit dans l'année, à peine de déchéance, elle y aurait eu recours aussitôt que la désertion aurait été constatée, et le remplacé aurait pu se trouver obligé de fournir successivement, pendant le cours de l'année, plusieurs nouveaux remplaçants, non sans beaucoup d'embarras et de frais.

Tout concourt donc à justifier la doctrine consacrée par la Cour de cassation dans son arrêt du 12 janvier dernier. Car elle a pour bases tout à la fois le texte de la loi et les inductions d'une saine interprétation.

Aussi c'est en ce sens que déjà les auteurs du *Code de recrutement*, MM. Paillard de Villeneuve et Syrot, s'étaient prononcés sur ce point. « Si le déserteur, disent-ils (p. 180 et 181), n'est pas arrêté dans le courant de l'année pendant laquelle le remplacé est responsable...., le préfet enjoindra au remplacé de partir dans le délai de quinze jours à compter de celui où cette injonction lui sera parvenue. Ainsi, ajoutent-ils en note, cette injonction ne peut être faite qu'après l'expiration de l'année; » et ils invoquent, à cet égard, l'autorité de deux solutions émanées de l'administration de la guerre, les 7 et 15 octobre 1819.

Ces solutions, il est vrai, avaient été données pour l'application de la loi du 10 mars 1818. Mais l'article 23 de celle de 1832 n'étant que la reproduction presque littérale du dernier paragraphe de l'article 18 de cette loi, il est incontestable qu'elles avaient conservé toute leur valeur sous l'empire de cette dernière législation, et ainsi la Cour de cassation s'est trouvée en complet accord avec l'administration supérieure sur l'interprétation de cette importante disposition.

5. — (Pau, 30 mars 1857; *Dalloz*, 57, 2, 81.) — Cet arrêt de la Cour de Pau a tranché avec une irréprochable exactitude une question de procédure qui se rattache à une matière délicate, dont les règles deviendront heureusement d'une application de moins en moins fréquente, grâce à la rapidité plus grande imprimée aujourd'hui à la marche des affaires judiciaires. Il s'agit de la péremption d'instance par discontinuation de toutes poursuites pendant trois ans.

La Cour de Pau avait à juger si la péremption cesse d'une manière absolue d'atteindre une instance, lorsqu'il est intervenu un jugement interlocutoire et que ce jugement renferme sur certains points des chefs de décision définitifs, ou bien si elle est encore, suivant les cas, capable de réagir sur elle.

Voici, d'après les constatations de l'arrêt, quels étaient les faits de l'espèce et quelle difficulté se soulevait.

Une action avait été intentée par la commune d'Arthez à une double fin. Elle revendiquait d'abord la propriété de 34 arpents de terrain comme dépendant du bois de Coudray, ou subsidiairement un droit d'usage sur ce tènement. En second lieu, elle réclamait en même temps des droits d'usage sur un autre bois nommé le bois de Putget.

Sur cette action, il était intervenu, à la date du 2 juillet 1842, un jugement qui avait acquis l'autorité de la chose jugée. Ce jugement, statuant sur ces deux chefs de demande, déboutait définitivement la commune de ses prétentions à tout droit, soit de propriété, soit d'usage, sur les 34 arpents qu'elle disait dépendre du bois de Coudray, mais relativement aux droits d'usage par elle prétendus sur le bois de Putget, il l'admettait à faire par témoins la preuve de sa possession immémoriale.

Enfin, plus de trois années s'étant écoulées sans qu'aucun acte de procédure vînt soutenir l'action toujours pendante à l'égard du bois de Putget, les adversaires de la commune en

ont demandé régulièrement la péremption. Mais celle-ci a répondu que le chef définitif contenu dans le jugement du 2 juillet 1842 s'opposait invinciblement à ce que cette instance s'éteignît ainsi.

La cour de Pau a accueilli avec beaucoup de raison la demande des adversaires de la commune, en faisant justice, par des motifs tout à fait péremptoires, de son système de défense.

Elle reconnaît d'abord, en droit, que l'art. 397 conserve son efficacité même après qu'un jugement interlocutoire a été rendu. Cet article, en effet, est absolu dans ses termes; il ne comporte aucune distinction; il s'applique à toute instance. Quel que soit donc le degré d'avancement auquel une procédure est parvenue, la péremption la peut faire évanouir; elle peut être invoquée à toutes ses phases, et tant qu'elle existe, c'est-à-dire tant qu'elle n'a pas été vidée par une sentence définitive. Or, le jugement interlocutoire qui ordonne une enquête, ne constituant qu'une mesure d'instruction et laissant dans son intégrité l'instance sur le fond qu'il ne préjuge point, un tel jugement ne saurait évidemment faire obstacle à la péremption. Il tombe, au contraire, anéanti par elle avec tous les actes de la procédure éteinte et comme un de ces actes.

Ce point de doctrine est aujourd'hui au-dessus de toute contestation, et la cour de Pau, en le prenant pour le fondement des déductions de son arrêt, était assurée de ne point prêter le flanc à la critique.

Mais si un jugement interlocutoire ne forme pas par lui-même un obstacle à la péremption, il n'en sera plus ainsi, lorsqu'il renfermera des chefs de décision définitifs; car ces chefs ne peuvent plus perdre leur vertu légale que par l'effet de la prescription, et dès lors il est bien évident qu'une interruption de poursuites pendant trois ans ne saurait faire évanouir et réputer non avenu un tel jugement.

S'ensuivra-t-il que, conformément au système plaidé par la commune et adopté par les premiers juges, tout chef de décision définitif devra toujours, et d'une manière nécessaire, mettre l'instance à l'abri de la péremption, et la tenir ouverte aussi longtemps que le jugement interlocutoire conservera en ce chef son autorité?

La Cour de Pau a tranché la question par une distinction empruntée à la nature même des choses, et qui fait disparaître

toute difficulté relativement à la conciliation des deux principes en conflit, de l'efficacité et de la durée des décisions définitives, et de l'extinction de toute procédure par une interruption de trois ans dans les poursuites.

Pour que la décision définitive, a-t-elle dit, protége la décision interlocutoire, il faut qu'elles soient toutes deux solidaires l'une de l'autre; qu'il existe entre elles une telle connexité que le chef définitif consacre un droit incompatible avec le jugement qui déclarerait l'instance périmée. Que si, au contraire, le chef définitif est complétement indépendant du chef interlocutoire, et qu'il ait statué sur un point du litige sans relation avec le point qui reste à juger, il ne peut exercer aucune influence sur l'instance encore pendante, qui doit être appréciée comme si la contestation définitivement évacuée n'avait jamais existé.

L'espèce qui était soumise à la Cour de Pau semble d'ailleurs créée comme à dessein pour faire ressortir tout ce qu'il y a de raison dans cette théorie.

Le jugement du 2 juillet 1842 avait pour objets deux fonds distincts, sur lesquels la commune élevait des prétentions différentes; il y avait donc, à vrai dire, non pas une demande complexe, mais bien plutôt deux demandes qui se suivaient simultanément devant le même juge, et qui n'avaient d'autre lien entre elles que la communauté des actes de procédure dans lesquels elles étaient comprises ensemble. Or, ce jugement, quoique touchant aux deux demandes à la fois, n'avait cependant rien préjugé par ses dispositions définitives sur le fond de l'instance introduite par la commune pour se faire attribuer des droits d'usage sur le bois de Putget. Elles lui étaient complétement étrangères, et ne se rapportaient qu'à la contestation entièrement distincte qui concernait le bois de Coudray. Les dispositions interlocutoires relatives à la preuve de ces droits d'usage sur le bois de Putget ne se rattachaient donc en aucune façon aux points définitivement tranchés; il n'existait entre toutes ces dispositions aucune solidarité; les unes ne dépendaient nullement des autres. Comment concevoir dès lors que les dispositions interlocutoires dussent se trouver garanties des effets de la péremption par l'influence de ces dispositions définitives qui n'offraient avec elles aucun point de connexité?

Ce jugement, en outre, n'avait engendré au profit de la commune d'Arthez aucun droit définitif qui pût avoir à souffrir

d'une déclaration de péremption d'instance. Il repoussait en effet ses prétentions sur le bois de Coudray, et ne faisait, quant au bois de Putget, que prescrire des mesures d'instruction. Il n'avait donc rien d'inconciliable, dans ses dispositions définitives, avec la demande de péremption, et ne résistait nullement à son admission, puisqu'après comme avant, ses dispositions définitives conservaient également la même autorité et ne recevaient aucune atteinte de l'extinction de la procédure.

Pour repousser la doctrine consacrée par la cour de Pau, il faudrait soutenir qu'un jugement est indivisible, qu'il ne peut tomber que tout entier, et non pour partie. L'article 401 déclarant qu'on ne peut se prévaloir des actes de la procédure éteinte, si le jugement ne pouvait se scinder, il en résulterait l'impossibilité d'étendre à un pareil acte l'application de cet article, et conséquemment de la péremption, puisque, pour partie du moins, le jugement ne pourrait cesser de subsister dans ses chefs définitifs.

Mais une pareille argumentation n'aurait rien de sérieux, et l'arrêt que nous examinons, n'a eu, pour la faire crouler, qu'à rappeler que la divisibilité s'attache essentiellement aux jugements. *Tot sunt sententiæ quot capita :* autant il y a de chefs de décisions dans un arrêt, autant il y a d'arrêts. C'est là un principe dominant dans notre législation. C'est de ce principe que découlent et la nécessité pour le juge de motiver chaque chef de ses décisions, et la faculté pour les parties de déférer au juge supérieur un seul chef en acquiesçant aux autres. Si ce principe de la divisibilité des jugements n'était certain, la Cour de cassation commettrait, il faut l'avouer, une bien singulière erreur, chaque fois qu'elle prononce l'annulation partielle d'un arrêt ne bornant l'effet de sa censure au seul chef que vicie une violation de la loi.

Or du moment que le jugement ne comporte pas en lui-même et par essence l'indivisibilité, pourquoi, lorsque ses chefs touchent à des objets de demande distincts, la péremption ne pourrait-elle pas anéantir l'un d'eux avec la procédure qui s'y rapporte, en respectant l'autre qui est indépendant de celui périmé? Car l'indivisibilité ne peut évidemment avoir sa source que dans la nature même de l'objet de la demande ; elle ne peut être arbitrairement créée contre le défendeur par la convenance ou le caprice du demandeur. A moins de remonter jusqu'aux règles

subtiles de la *litis contestatio* de l'ancien droit romain, dont la sagesse de notre législation a fait bonne justice, on ne saurait la faire dériver de la réunion matérielle sur une même feuille de papier de l'énonciation de diverses causes de demande.

La distinction si nettement formulée par la cour de Pau dans cet arrêt a donc pour appuis la raison et les principes du droit. C'est elle qui, bien que mal définie encore, dominait déjà la doctrine et la jurisprudence. Enseignée par MM. Merlin, Raynaud, Carré, Dalloz, elle ressortait de trois arrêts de la Cour de cassation des 14 juin, 19 novembre 1837 et 12 mars 1851.

Quand le point capital d'un procès, portent en substance les derniers de ces arrêts, est définitivement réglé par un jugement, que le fond de la contestation est préjugé, les mesures d'instruction ordonnées en même temps par voie d'interlocutoire, pour parvenir à fixer les conséquences de cette décision, ne constituent que son exécution même, et dès lors elles peuvent être accomplies aussi longtemps que le jugement conserve sa force d'exécution.

Quand au contraire le premier jugement, dit l'arrêt du 14 juin 1837, n'attribue aux parties aucun droit nouveau et définitif sur le fond de la contestation, rien n'empêche que la péremption de l'instance soit prononcée malgré la réunion des chefs de décision définitifs aux chefs simplement interlocutoires.

En d'autres termes, et comme l'a si bien exprimé la cour de Pau, lorsque les dispositions définitives et interlocutoires sont solidaires entre elles et qu'elles se lient pour concourir à la même fin, c'est-à-dire au jugement de l'objet de la contestation, la péremption cesse de produire effet ; les premières sauvegardent les secondes qui n'en sont que l'exécution. Que si elles sont indépendantes les unes des autres, si les dispositions définitives sont sans influence sur ce qui reste à juger, la péremption atteint les dispositions interlocutoires.

Ces mêmes idées ont servi de guide au plus grand nombre des cours d'appel dans leur jurisprudence.

C'est ainsi que celles de Nîmes, de Grenoble et de Montpellier, par arrêts des 5 janvier 1825, 7 mars 1828, 20 novembre 1832, ont jugé qu'après qu'une première décision a ordonné le partage d'une succession, fixé les bases des droits des parties, et nommé des experts pour procéder aux opérations de ce partage, si l'exécution de ces mesures n'était pas poursuivie pendant

plus de trois ans, la péremption de l'instance n'était pas encourue, les dispositions interlocutoires n'étant alors, comme le remarque un de ces arrêts, que la conséquence des définitives.

C'est ainsi encore que les cours de Bordeaux et de Limoges, par arrêts des 16 juillet 1836 et 24 mars 1852, ont prononcé que dans une instance en compte de tutelle, après qu'un premier arrêt avait prescrit la reddition du compte, la péremption ne pouvait être invoquée contre les chefs de cet arrêt réglant, à titre d'interlocutoire, les mesures à suivre pour parvenir à son apurement.

De même aussi, c'est la connexité des chefs interlocutoires avec les chefs définitivement jugés, et leur dépendance à titre de conséquences de ces chefs, qui forment le motif déterminant des deux arrêts des Cours de Toulouse et d'Agen des 22 février 1825 et 1er juin 1836. Cette connexité reconnue en fait devait avoir, en droit, pour effet d'empêcher toute péremption. Car le jugement définitif devient pour le demandeur un titre et lui crée un droit irrévocable; la prescription de ce droit peut seule désormais mettre obstacle à ce qu'il en poursuive la réalisation par les voies judiciaires, selon le mode indiqué dans l'interlocutoire.

Lorsqu'au contraire le chef définitif ne tient pas à l'interlocutoire auquel il est joint, lorsque, par exemple, il a statué uniquement sur des fins de non-recevoir ou des exceptions de forme, ou qu'il a rejeté un appel incident qui laisse entier le débat soulevé par l'appel principal, ou qu'il a prononcé la rétractation d'une décision par défaut sur l'opposition du défaillant, la péremption a été accueillie par de nombreux arrêts, comme ne lésant pas un droit acquis au demandeur relativement à l'objet de sa demande, et ne réagissant pas sur le chef définitivement évacué. Il suffira de citer en ce sens les arrêts des cours de Nîmes, des 22 mai 1826 et 27 mars 1833, de Bruxelles, du 14 novembre 1835, d'Angers, du 23 janvier 1836, de Grenoble, du 28 novembre 1824 et de Montpellier, du 9 novembre 1844.

La cour de Pau, dans son arrêt du 30 mars, a su résumer la théorie qui, à part de rares exceptions, avait déterminé jusqu'à présent la jurisprudence. Elle lui a donné la formule nette et précise qui lui manquait, et a ainsi posé, de la matière la plus

utile, la règle qui, nous n'en doutons pas, passera désormais dans les livres et dans les arrêts.

6. — (Conseil d'État, 22 février 1856; *Lebon*, à la date.) — Les administrations ont une tendance nécessaire qui a souvent besoin d'être réprimée. Elles sont portées à donner une extension toujours plus grande à leurs pouvoirs au détriment des droits privés. Nous n'entendons pas, d'ailleurs, exagérer le reproche; nous rendons hommage à leur zèle et nous reconnaissons volontiers que si parfois le sentiment de leur autorité est pour quelque chose dans cet entraînement assez naturel, l'ardeur de l'intérêt public y a toujours la plus forte part. C'est en voulant rendre plus prompte ou plus efficace leur action relativement aux services qui leur sont confiés, qu'elles se laissent ainsi aller quelquefois à ne pas tenir assez de compte du respect de la propriété, et à lui imposer des charges que la loi ne l'assujettit pas à souffrir. Mais le Conseil d'État n'hésite pas, chaque fois que des abus de ce genre lui sont dénoncés, à exercer son contrôle et à ramener dans le cercle de ses attributions l'administration qui l'a outrepassé; il veille avec fermeté à ce que les droits particuliers ne soient pas sacrifiés sans mesure aux exigences des services publics, et à ce que les bornes posées par la loi aux droits de l'administration ne soient pas renversées.

C'est ce qu'il vient encore de faire dans le décret que nous signalons aux lecteurs, relativement à l'amélioration et à la sûreté des routes. Quelque importance qui doive être attachée à un pareil objet, le Conseil n'a pas cru qu'il fût permis, pour l'atteindre plus rapidement, de restreindre l'exercice du droit d'un propriétaire riverain, ou de le soumettre à la condition arbitraire d'un concours forcé à des travaux utiles.

La route que bordait la propriété du demandeur présentait par sa situation un danger réel; elle était, de son côté, surélevée d'un à deux mètres au-dessus du niveau du sol. Sur une étendue d'environ 700 mètres, le long de cette propriété, ce danger était, suivant l'administration des ponts et chaussées, encore aggravé par l'existence d'un fossé fort large, qui augmentait d'autant la surélévation de la route. Le propriétaire du domaine avait, il est vrai, établi des barrières en bois au haut du talus de ce fossé, à l'époque où il l'avait creusé. Mais il les avait uniquement destinées à préserver de la dent des bestiaux une

haie qu'il avait plantée sur le talus. Voyant la haie assez forte pour se défendre elle-même et ses barrières pourries de vétusté, il s'était mis en devoir de les faire enlever. Mais aussitôt un procès-verbal avait été dressé et une poursuite dirigée contre lui pour contravention de grande voirie. Sur cette poursuite, il s'était vu condamné, par application des arrêts des 16 mars 1741 et 5 avril 1772, à une amende et à combler son fossé, à moins qu'il ne préférât construire, avec l'autorisation et sous la surveillance de l'administration, une banquette sur toute la longueur de sa propriété, à la place des barrières reconnues pourries, de manière à préserver la circulation de tout danger.

Que la circulation sur cette route offrît des dangers, c'était assurément une chose fâcheuse et qui devait solliciter l'attention de l'administration des ponts et chaussées. Et, il faut le dire, elle n'avait pas manqué à ses obligations à cet égard. Sur plusieurs autres points de la route, elle avait déjà exécuté les ouvrages nécessaires pour y remédier, ainsi que le constatait la décision du conseil de préfecture, et elle s'efforçait de le faire plus complétement disparaître, à mesure que ses ressources le lui permettaient.

Mais si elles ne lui permettaient pas encore d'achever cette œuvre d'amélioration, était-ce donc une raison pour que les propriétaires riverains fussent contraints de lui venir en aide et d'exécuter les travaux auxquels elle ne pouvait pourvoir, ou de se priver des fossés qui servaient à clore leurs héritages? Pour qu'il en fût ainsi, il aurait fallu que l'administration fût armée d'une disposition de loi qui fît peser sur eux une obligation de cette nature. Or, en droit, aucune loi, aucun règlement ne soumet le propriétaire, dont le domaine borde une route, à l'obligation de pourvoir à la sûreté de cette route; aucune loi, aucun règlement ne lui interdit de creuser des fossés sur son fonds; et dès lors il semblait impossible de considérer l'existence du fossé comme constituant une contravention de grande voirie, et de subordonner sa conservation à l'exécution d'ouvrages de défense pour la sécurité de la circulation sur la route.

Vainement l'administration et le conseil de préfecture s'étaient appuyés sur les arrêts de 1741 et de 1772 pour justifier la poursuite et la condamnation. Ces arrêts n'avaient aucune application dans la cause.

Le premier porte, en effet, que Sa Majesté, en son Conseil, fait très-expresses défenses à tous carriers et autres particuliers d'ouvrir aucunes carrières de pierre de taille, moellon, glaise, marne ou autres, sur les bords et côtés des routes et grands chemins, sinon à 30 toises de distance, et de pousser les rameaux ou rues desdites carrières du côté desdits chemins, même de souchever tant soit peu au dedans de leurs fouilles le solide du terrain, dont Sa Majesté veut qu'elles soient séparées de la voie publique. Et le second ne fait que reproduire ces dispositions.

Ces arrêts, on le voit, ne confèrent pas à l'administration un droit de surveillance absolu sur la zone qu'ils déterminent. Ils ne s'adressent qu'à l'ouverture des carrières et à la construction des galeries sous les routes et leurs abords, et sont faits uniquement en vue de prévenir le danger de l'affaissement des chemins par suite de la ruine de travaux souterrains.

Or il s'agissait dans l'affaire d'un simple fossé, et non d'une carrière. L'assimilation n'était point possible, ni en droit, ni en raison, et dès lors il fallait bien reconnaître que ces arrêts ne contenant aucune prohibition relative au creusement des simples fossés le long des routes, ils étaient tout à fait étrangers au débat.

L'autorité de ces arrêts ainsi écartée, le fossé auquel l'administration s'attaquait n'aurait pu être considéré comme constituant une contravention de voirie et devenir l'objet d'une condamnation légale, que s'il avait été creusé à la limite de la route au mépris des règles relatives à l'alignement, ou si son établissement avait amené la dégradation de la voie publique; et rien de pareil n'était allégué par l'administration.

La création et la conservation de ce fossé ne comportaient donc qu'un acte parfaitement licite d'exercice du droit de propriété appartenant au riverain de la route. A ce titre, elles ne pouvaient légitimer ni une condamnation à l'amende, ni une injonction de suppression, ni par conséquent une obligation d'exécuter certains ouvrages comme condition du maintien de l'état actuel des choses.

C'est ce que le Conseil d'État a parfaitement mis en lumière, et il a formulé dans son décret toute cette théorie protectrice des droits de la propriété, avec cette concision et cette netteté qui forment, en général, le cachet de ses décisions.

« Considérant, a-t-il dit, qu'aucune disposition de loi ou de règlement n'interdit aux propriétaires riverains des routes impériales ou départementales de creuser des fossés de clôture sur leurs propriétés; que l'ouverture des carrières à moins de 30 toises de distance des bords des routes est seule interdite par les arrêts du Conseil du 14 mars 1741, du 5 avril 1772 et du 17 septembre 1776....;

» L'arrêté du conseil de préfecture est annulé. Le sieur X.... est renvoyé des fins du procès-verbal dressé contre lui. »

Il est probable qu'après une décision si formelle, l'administration des ponts et chaussées renoncera à cette idée étrange, d'exiger des propriétaires riverains qu'ils fassent pour elle sur les routes les travaux que réclamerait la sûreté de la circulation, sous prétexte que les fossés destinés à clore leurs héritages à la limite de la voie publique peuvent faire verser les voitures.

7. — (Conseil d'État, 10 septembre et 6 décembre 1855; *Lebon*, à la date.) — Nous terminerons cette revue en signalant encore deux décisions du Conseil d'État, rendues en matière de contributions directes, et qui sont du plus haut intérêt pour les administrations des hospices.

La première porte que les sœurs qui sont attachées au service d'un hospice et y occupent un logement, sont assujetties, à raison de ce logement, à la contribution personnelle et mobilière.

La seconde déclare que lorsqu'un hospice reçoit quelques pensionnaires indépendamment des indigents, ni la sœur supérieure préposée à la direction de l'établissement, ni, sous son nom, l'administration des hospices, ne peuvent être frappées d'un droit de patente.

De ces deux décrets, le dernier nous paraît mériter sans réserve notre approbation; mais nous conservons, nous devons l'avouer, des doutes sérieux sur la solution consacrée par le précédent, relativement à l'application de l'article 12 de la loi du 21 avril 1832.

Ces deux affaires sont nées à l'occasion d'une prétention toute nouvelle de l'administration des finances.

La commission administrative des hospices de Nancy ayant, en exécution des instructions ministérielles des 31 janvier et 6 août 1840, créé dans un des établissements confiés à sa di-

rection quelques places pour des vieillards qui, trop pauvres pour se faire soigner convenablement chez eux, pourraient cependant, soit par leurs propres ressources, soit par l'aide de bienfaiteurs, payer la modique pension nécessaire à couvrir la dépense de leur entretien, l'administration voulut traiter les sœurs chargées du service de cet hospice comme exerçant une profession lucrative et tenant une maison particulière de retraite. En conséquence, elle leur réclama et la contribution personnelle et mobilière, et la patente.

Repoussée une première fois par le conseil de préfecture en 1845, elle reproduisit sa double prétention en 1854, et cette fois la fit triompher de tous points au premier degré de juridiction.

Le lecteur n'aura pas de peine à imaginer quelle charge énorme peserait sur toutes les administrations hospitalières de France, et de quel impôt leur budget serait grevé, si cette jurisprudence devait s'étendre à tous les établissements qui sont dirigés par des sœurs et qui reçoivent avec les indigents quelques pensionnaires.

Le Conseil d'État ne l'a maintenue qu'en ce qui concerne la contribution mobilière. N'aurait-il pas dû, même sous ce rapport, condamner le système de l'administration? M. le ministre de l'intérieur, consulté dans l'instruction, le demandait en s'appuyant sur des considérations empruntées tout à la fois à l'intérêt général et au droit; et nous pensons que son avis aurait dû en effet prévaloir.

La difficulté consistait dans l'interprétation des termes de l'article 12 de la loi de 1832. Cet article astreint à la contribution personnelle et mobilière chaque habitant, français ou étranger, de tout sexe, *jouissant de ses droits* et non réputé indigent. Mais quelles sont les personnes qui *jouissent de leurs droits* dans le sens de cet article?

Ce n'est ni dans cette loi ni dans celles qui l'ont précédée sur le même objet, qu'il faut chercher la définition de ces mots; car depuis la loi du 3 nivôse an VII, elles n'ont fait que répéter les unes après les autres que la contribution personnelle est due par chaque habitant jouissant de ses droits et non réputé indigent, et ainsi l'on va d'un texte à l'autre demander en vain l'éclaircissement de la question.

Le Conseil d'État lui-même, dans son décret du 10 septembre, ne nous apprend pas à quels signes on reconnaît les per-

sonnes qui jouissent de leurs droits; il se borne à affirmer que les sœurs hospitalières ont cette jouissance.

A défaut d'une définition, la loi de 1832 du moins nous présente, des personnes qui doivent être considérées comme jouissant de leurs droits, une énumération comprenant les femmes veuves ou séparées de leurs maris, les garçons et les filles majeurs ou mineurs ayant des moyens personnels d'existence. Mais cette énumération ne peut suffire à résoudre la question; car, d'une part, elle est incomplète, puisqu'elle ne parle pas des chefs de famille, qui, assurément, doivent être placés au premier rang parmi les personnes qui jouissent de leurs droits; et, d'autre part, elle est trop absolue dans quelques-uns de ses termes, puisque l'officier, par exemple, encore qu'il ait par sa fortune des moyens suffisants d'existence, n'est imposable que dans certains cas d'exception déterminés par la loi.

M. le ministre de l'intérieur, dans son avis, émettait cette idée qu'il ne fallait considérer comme jouissant de leurs droits que les personnes qui ont un *chez soi*. Mais cette idée n'est point complétement exacte, ainsi que le prouve péremptoirement la disposition formelle de la loi de 1832, qui range dans la catégorie des personnes jouissant de leurs droits même les mineurs qui habitent avec leurs parents ou tuteurs.

Pour nous, il nous semble qu'on se rapprocherait autant qu'il est possible de la vérité, en attachant la jouissance des droits à la condition d'une existence indépendante et se suffisant à elle-même au double point de vue de la fortune et de la situation. Pour être classé au nombre des personnes jouissant de leurs droits, il faudrait donc d'abord avoir la vie assurée par les ressources propres de son patrimoine ou de sa profession, et en second lieu conserver la libre disposition de soi-même.

Ainsi la femme mariée qui vit avec son mari, n'a pas, quelle que soit sa fortune particulière, la libre disposition de sa personne; elle doit suivre son mari, confondre sa situation avec celle qu'il a lui-même, absorber en lui sa personnalité.

Ainsi encore le militaire, officier ou soldat, tant qu'il est sous le drapeau, n'a point l'indépendance de l'existence; il appartient à un corps et ne peut avoir d'autre résidence que celle de ce corps; quoique majeur, quoique riche, si l'on veut, il ne jouit pas de ses droits. Pour recouvrer une situation personnelle qui lui rende la jouissance de ses droits, il faut qu'il soit déta-

ché du drapeau et cesse, au moins momentanément, de faire partie d'un corps de troupes.

Ainsi, enfin, les gens de service aliènent leur personne et leur temps entier au profit du maître chez qui ils habitent; et dès lors, quand bien même ils auraient un patrimoine suffisant à leur existence, ils se dépouillent de la jouissance de leurs droits.

Loin de nous la pensée, en complétant ainsi l'énumération des personnes qui n'ont point la jouissance de leurs droits, d'établir aucune assimilation entre cette dernière classe et les sœurs hospitalières, malgré l'humble titre de servantes des pauvres qu'elles se glorifient de porter. Mais n'est-il pas exact de dire qu'elles ne conservent pas plus que ces diverses catégories de personnes la libre disposition d'elles-mêmes; qu'elles n'ont pas plus que le militaire sous le drapeau l'indépendance de l'existence, qu'elles l'ont à un bien moindre degré que la femme mariée qui vit chez son mari? N'est-il pas vrai qu'en entrant dans l'hospice, elles se vouent tout entières au service des indigents, sans rien retenir pour elles-mêmes de leur liberté et de leur temps?

Et c'est bien là, en effet, une aliénation de leur personnalité : car pour tous ces soins prodigués, pour un service si entier, elles ne réclament aucune compensation. Elles n'exercent pas une profession pour y chercher le lucre, ou du moins l'existence; elles se consacrent à l'œuvre; elles lui appartiennent, elles s'y absorbent de la manière la plus absolue, n'ayant plus de volonté que celle d'obéir aux ordres qu'elles reçoivent pour son accomplissement, n'ayant plus de résidence que le poste où elles sont envoyées pour le service des malheureux.

Aussi croyons-nous que M. le ministre de l'intérieur, tout en donnant aux termes de l'article 12 de la loi de 1832, une interprétation qui n'était peut-être pas à l'abri de la critique, avait fait du moins l'appréciation la plus exacte de la situation des sœurs hospitalières. Cette appréciation, d'ailleurs, n'était pas nouvelle dans sa jurisprudence de l'administration; et déjà il avait indiqué, dans sa circulaire du 14 mars 1831, comme devant être laissées en dehors des rôles de la contribution personnelle les personnes vouées exclusivement et gratuitement à des œuvres de charité. Cette circulaire, il est vrai, avait été rédigée sous l'empire et pour la mise en œuvre de la loi du 23 mars 1831. Mais l'article 12 de celle du 21 avril 1832 n'é-

tant que la reproduction presque littérale de l'article 2 de cette loi, il n'y avait dans le changement de la législation aucune raison pour le ministère de modifier sa décision relativement à ce point spécial.

Le Conseil d'État en a jugé autrement; il a condamné le système de M. le ministre de l'intérieur, mais sans poser le principe qui doit servir de guide dans l'interprétation et l'application de la règle de l'article 12 de la loi de 1832. Il n'a donné qu'une décision d'espèce, déclarant que les sœurs réclamantes jouissaient de leurs droits, et il a ainsi laissé subsister une incertitude d'autant plus grave sur la solution théorique de la question, que deux ans auparavant, par un décret du 9 mars 1853, il avait jugé, sur la requête de la sœur d'un curé habitant avec son frère, que bien qu'une telle personne ne pût être rangée dans la catégorie des gens de service, cependant l'absence de tous moyens d'existence propres, ou d'une profession qui lui en tînt lieu, devait la faire affranchir, en vertu de l'article 12 de la loi de 1832, de la contribution personnelle et mobilière.

Quoi qu'il en soit, le Conseil a pu redouter, s'il déclarait les sœurs hospitalières exemptes de cette contribution, que les communautés religieuses ne tentassent d'étendre outre mesure en leur faveur le principe qu'il poserait, et d'en faire profiter, après les sœurs hospitalières, celles qui se consacrent à la vie contemplative, œuvre de renonciation à soi-même et de charité, nous ne le méconnaissons pas, mais d'une charité inactive et d'une renonciation stérile pour la société, et que l'État, dès lors, n'a aucune raison d'encourager. Le Conseil a aussi considéré que si la jurisprudence qu'il sanctionnait pouvait grever d'un lourd fardeau les administrations des hospices, le remède était placé par la loi elle-même à côté du mal, et qu'il suffirait aux conseils municipaux d'inscrire les sœurs hospitalières sur les listes d'exemption qu'ils ont le droit de dresser. Peut-on supposer qu'un conseil refuse jamais à l'intérêt de son hospice et au noble dévouement des sœurs cette faveur, qui, sans surcharger d'une manière sensible les autres contribuables, doit tourner au profit de la charité et souvent de la caisse municipale elle-même, lorsque les revenus de l'établissement ne suffisent pas à l'entretien des indigents qui y sont recueillis?

Si donc il est vrai que la solution adoptée par le Conseil

d'État n'est peut-être pas la plus exacte en théorie, il est néanmoins permis d'espérer qu'elle n'engendrera pas en pratique les inconvénients que signalait M. le ministre de l'intérieur, et que l'administration supérieure des finances reconnaîtra la première que l'intérêt public exige d'elle qu'elle renonce volontairement à l'exercice du droit consacré en sa faveur.

8. Ce qui doit autoriser à compter à cet égard sur sa modération, c'est que sur la seconde question tranchée par le Conseil d'État, celle relative à un droit de patente à raison de l'admission dans l'hospice d'un petit nombre de vieillards pensionnaires, elle avait dans l'instruction formellement condamnée la prétention soulevée en son nom par ses agents, comme directement contraire à la disposition de l'article 13 de la loi du 25 avril 1844, qui déclare affranchis de la patente les fonctionnaires et employés salariés soit par l'État, soit par les administrations départementales ou communales, en ce qui concerne l'exercice de leurs fonctions.

Le fondement de cette contribution, c'est en effet, d'après l'article 1er de cette loi, l'exercice d'un commerce, d'une industrie, d'une profession lucrative. Or l'accomplissement d'une fonction ne saurait constituer un commerce, ni la direction d'un service public être assimilée à une entreprise industrielle.

Le principe sanctionné par ces articles devait protéger tout à la fois et la sœur supérieure de l'établissement et la commission chargée de l'administration des hospices.

La sœur supérieure était en effet la préposée de la commission pour la direction du service; elle n'avait aucune part à l'administration et était entièrement étrangère à ses résultats. Que l'on reçût seulement des indigents, ou bien des pensionnaires avec eux; que les pensions laissassent un bénéfice ou non, il lui importait peu; sa situation restait la même; elle était toujours l'employée d'une administration publique, chargée de diriger un service public tel qu'il était organisé par cette administration, et dès lors évidemment exemptée de la patente à raison de l'exercice de sa fonction.

La commission elle-même remplissait une fonction publique consacrée par la loi qui règle les institutions hospitalières; elle était composée d'une réunion de fonctionnaires nommés par l'autorité pour diriger un service public. Dès lors n'était-il pas évident que les actes accomplis par elle en vue de l'administra-

tion qui lui était confiée, ne pouvaient jamais devenir pour elle une cause légitime d'imposition à la patente, et qu'ainsi, ni directement, ni sous le nom de la sœur supérieure, il n'était pas permis de l'assujettir à cette contribution.

Quelle conséquence d'ailleurs y avait-il à tirer de ce qu'indépendamment des indigents, elle recueillait un petit nombre de pensionnaires? Elle ne s'écartait pas en cela de l'exercice de ses fonctions, et elle ne faisait point perdre à l'hospice son caractère exclusif d'établissement public; car elle n'agissait ainsi qu'en conformité des règlements ministériels des 31 janvier et 6 août 1840, c'est-à-dire des actes de l'autorité supérieure chargée de surveiller et d'organiser les institutions de charité; elle ne faisait, comme l'a déclaré le Conseil d'État, qu'user d'une faculté qui lui était ouverte par la loi.

Ni en fait ni en droit, cette circonstance n'était susceptible d'exercer aucune influence sur le caractère du service accompli dans l'hospice.

En fait d'abord, n'est-il pas incontestable que demander à des vieillards qui, pour n'être pas dénués de toute ressource personnelle ou de tout appui, n'en sont pas moins réellement dans l'indigence, le payement d'une modique pension destinée à couvrir la dépense de leur entretien et à permettre de leur ouvrir un asile, qui sans cela devrait être réservé exclusivement aux plus misérables et aux plus délaissés; qu'exercer pour leur dépense une perception dont l'excédant, à supposer qu'il puisse y en avoir, sera appliqué aux besoins de l'établissement, ce n'est point s'adonner à une profession lucrative et chercher un bénéfice, mais seulement étendre les bienfaits de la charité publique sans sortir de son domaine. Ce service rétribué ne saurait pas plus avoir d'influence sur la condition de l'hospice que le prix de journée réclamé dans les hôpitaux des malades étrangers à la commune, aux termes de la loi du 18 août 1851, ou que la pension payée par les familles dans les établissements publics d'aliénés, suivant les prescriptions de l'article 27 de la loi du 30 juin 1838. Or, a-t-on jamais songé à prétendre que ces établissements dussent être soumis à la patente comme se livrant à une profession lucrative?

En droit d'ailleurs, ce n'est nullement la gratuité du service qui constitue la condition essentielle des établissements publics, ainsi qu'en fournissent d'irrécusables témoignages les deux lois

précitées du 30 juin 1838 et du 18 août 1851, puisqu'en règle générale, notamment, tous les frais des établissements d'aliénés doivent être supportés par les malades qu'on y place.

Aussi le Conseil d'État a toujours considéré comme remplissant un service public, et comme exempts à ce titre de la patente, les directeurs de ces divers établissements, à moins qu'en dehors de leur fonction ils ne se livrassent à l'exercice de la médecine, ainsi qu'il l'a expressément proclamé dans son décret du 23 avril 1852.

Il y a plus. Alors même que l'établissement est destiné à procurer des bénéfices et que le fonctionnaire qui le dirige y doit avoir part, il ne perd pas le caractère d'établissement public, ni son directeur celui de fonctionnaire; et comme tel, celui-ci demeure exonéré de la patente. C'est ce que le Conseil d'État, par décrets des 16 février 1853, 22 mars et 19 avril 1854, a jugé constamment au profit des principaux de colléges communaux qui gèrent pour leur compte, à leurs risques et périls, le pensionnat de l'établissement.

En décidant de même que l'admission de quelques vieillards à titre de pensionnaires dans un hospice ne modifiait en rien le caractère de l'établissement, et ne pouvait conséquemment servir de prétexte pour imposer à la patente, soit la commission administrative de l'hospice, soit la sœur supérieure préposée par elle à la direction du service, le Conseil d'État a donc fait justice d'une prétention exorbitante, aussi contraire aux principes de la matière que funeste à l'intérêt public, et c'est conséquemment avec toute raison qu'il a maintenu dans cette cause les saines traditions de sa jurisprudence. FL. MIMEREL.

DISSERTATION

SUR LE POINT DE SAVOIR SI DE CE QUE, SOIT EN MATIÈRE CIVILE, SOIT EN MATIÈRE COMMERCIALE, LES TITRES CONSTITUTIFS DE LA CRÉANCE RECONNUE D'UNE FEMME SUR SON MARI N'ONT PAS UNE DATE CERTAINE, LA CONSÉQUENCE EST QUE LA FEMME NE DOIT SE TROUVER QUE CRÉANCIÈRE PUREMENT CHIROGRAPHAIRE AU VIS-A-VIS DES AUTRES CRÉANCIERS DU MARI.

Par M. Le Gentil, avocat et juge suppléant à Arras.

Par cela seul qu'il est un droit, tout droit se trouve respectable. Mais les droits les plus sacrés, ceux qui, en cas de conflit, doivent absorber les autres, sont assurément les droits des faibles, des incapables, parce que la justice et l'humanité le veulent impérieusement ainsi : force est donc à toute loi morale de protéger la faiblesse contre la force, alors surtout que *légalement* la faiblesse est subordonnée à la force qui pourrait abuser de sa puissance, comme au vis-à-vis des tuteurs et maris, la chose arrive aux femmes, aux mineurs, aux interdits.

Aussi, bien avant l'émancipation de la femme, et aussitôt que le droit devint une raison écrite, vit-on dans une mesure plus ou moins large, suivant le degré de civilisation des temps et des peuples, les législations accorder généralement aux femmes, aux mineurs, des immunités, des priviléges exceptionnels dont ne jouissaient point les personnes capables et maîtresses de leurs droits.

Ce qu'avaient fait les lois des vieux âges, ce qu'avaient enseigné d'une manière parfois si naïve et si touchante les textes romains, barbares et coutumiers, ne pouvait manquer de se trouver reproduit dans la plus parfaite des législations actuelles, dans la loi française.

Partout on y rencontre pour les femmes, pour les mineurs, sauvegarde et protection.

Sauvegarde et protection contre les dangers des puissances maritale et tutélaire.

Sauvegarde et protection contre les tiers tentés d'abuser de l'impéritie, de l'incapacité.

Sauvegarde et protection contre certaines forclusions, contre certaines déchéances légales, afin que la forme ne puisse en-

traîner le *fond* de droits trop intéressants pour n'être pas *avant tout* maintenus ou conservés.

Convaincues de ces vérités premières, sauf quelques opinions isolées et restées sans écho, la doctrine et la jurisprudence s'étaient scrupuleusement gardées jusqu'à ces derniers temps de porter la main sur les droits des femmes et des mineurs, de neutraliser le nerf de leurs actions, l'hypothèque légale, sous prétexte de manquements à ces formalités, dont les incapables avaient été d'autant plus dispensés, que *souvent* en *fait* ils ne peuvent les remplir, que *toujours* en *droit* ils sont présumés dans l'impossibilité de le faire.

Mais par un récent arrêt, la Cour de cassation a donné le signal involontaire, à notre avis, d'une croisade exterminatrice, sous l'effort de laquelle, si l'on n'y prenait garde, les droits de la femme ne tarderaient pas à périr en entier.

Le 5 février 1851, la Cour suprême décida en matière civile que, subrogé dans l'hypothèque légale de la femme, un créancier n'était habile à faire valoir ses droits d'hypothèques au regard des autres créanciers qu'à partir de l'époque où son titre avait acquis date certaine.

Entendu seulement *secundum subjectam materiam*, cet arrêt peut se soutenir. En matière civile, en effet, l'article 1328 est invocable par les tiers contre les *contractants jouissant de leur capacité*. Le créancier subrogé dans les hypothèques légales de la femme a la faculté, quand il le veut, de rendre inattaquable, au moyen de l'enregistrement, la subrogation résultant d'une convention et non d'un fait. (Entre la femme et le créancier qu'elle subroge, la différence est telle que la nouvelle loi sur les transcriptions, tout en se gardant bien d'exiger *stante matrimonio*, quoi que ce soit des femmes, déclare à propos des cessions de leurs hypothèques légales « que les cessionnaires n'en sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit, ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante. » (23 mars 1855, art. 9.) Mais prenant leur point de départ dans les considérants tout à la fois inexplicites et trop généraux de l'arrêt, trois Cours impériales sont venues étendre cette jurisprudence à la femme elle-même, impuissante à agir, et décider qu'en *matière civile* la femme ne pouvait opposer aux autres *créanciers hypothécaires* ses droits d'hypothèques légales, *naissant de*

faits, qu'à compter de la date certaine donnée à son titre.

Ces solutions constituaient évidemment un danger immense, et, tranchons le mot, une erreur capitale; cependant les décisions n'étant intervenues qu'au profit du créancier hypothécaire, on pouvait espérer ne leur voir point recevoir d'extension nouvelle au bénéfice des créanciers chirographaires[1]. Mais, comme il est difficile de s'arrêter sur la pente des terrains glissants, une décision récente a appliqué en dehors du prescrit des articles 1166 et 1167 (Cod. Nap.) la jurisprudence des Cours impériale aux créanciers chirographaires!!! *même en matière commerciale, même en matière de faillite*, où l'article 1328 a perdu son empire[2]!!!

[1] En supposant, en effet, que l'on n'admette point la jurisprudence de certaines Cours qui considèrent les créanciers hypothécaires comme des *ayants cause* du débiteur, nonobstant le *jus in re* que confère l'hypothèque (Douai, 7 janvier 1825, — 2 juin 1832, — 3 décembre 1835), les créanciers chirographaires pourraient être bien plus facilement considérés comme revêtant ce caractère d'*ayants cause* de leur débiteur. (Devilleneuve, collect. nouv., t. I, part. I, p. 520. — Berriat, p. 442, note 9 et note 11. — Carré, n° 1713. — Desmazures, n° 526. — Favard, v° *Ayants cause*. — Cassation, 12 fructidor an IX, — 15 février 1808, — 16 juin 1811, — 21 août 1826, — 15 janvier 1828, — 2 juillet 1832, etc., etc.)

[2] En supposant encore que l'on ne considère, en *matière civile*, les créanciers hypothécaires ou chirographaires que comme des *tiers*, les créanciers d'*un failli* ne pourraient que très-difficilement n'être point traités en *ayants cause* : le jugement déclaratif a pour premier effet, ainsi que l'édicte l'article 442 du Code de commerce, de substituer la masse au débiteur failli, d'emporter au profit de celle-ci, « de plein droit à partir de la date du jugement, dessaisissement pour le failli de l'administration de ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en faillite; » dès ce moment donc, le failli est dessaisiné de l'universalité de ses biens, les créanciers sont ensaisinés de la totalité de cet avoir, ils se trouvent *in universam causam* au lieu du failli, qu'ils représentent de la façon la plus complète, et, par là même, ne peuvent être ni des tiers entre eux, ni des tiers pour le failli. Aucune difficulté ne subsiste à cet égard, et la question a été tranchée *in terminis* par la Cour de cassation, en deux arrêts sous la date du 15 juin 1843 (Sirey, 1843, 1, 467), auxquels il faut joindre un arrêt de la Cour de Dijon, rendu le 27 février 1842.

Indépendamment du caractère que donne à la masse créancière la substitution générale dans les droits du failli, cette masse a encore la physionomie particulière qui s'attache à tout créancier saisissant, car, ainsi que l'a parfaitement dit M. le conseiller Mestadier dans l'un de ses remarquables rapports à la Cour suprême, « la masse ne peut agir que comme ayant cause du failli, et la saisine des droits du failli que donne la loi, a beaucoup d'analogie avec la saisie ordinaire d'un créancier. Jamais l'effet n'en fut porté au

Un pareil système est purement et simplement la *négation* de *l'existence* des droits des femmes, à moins qu'elle ne soit constatée par un acte ayant date certaine; d'où la conséquence que, considérée jusqu'à présent comme *efficacement* protégée contre son mari et contre les créanciers, la femme va se voir sans garanties aucunes, livrée presque toujours à la merci et discrétion de ce mari, lorsqu'il lui plaira de la dépouiller dans l'intérêt d'avides spéculateurs; d'où la conséquence que là où elle rencontrait jusqu'à présent sauvegarde et protection, la femme ne trouvera plus qu'un insondable et engloutissant abîme. Impossibles heureusement, même chez les sociétés tombées dans une

point de ne pas admettre les payements, les actes et les faits antérieurs lorsqu'ils ne sont pas argués de fraude. » Or il est unanimement reconnu, en doctrine et en jurisprudence, que les créanciers qui ont formé une saisie-arrêt sont les ayants cause du débiteur, et pas des tiers; que conséquemment les quittances sous seing privé du débiteur sont opposables aux saisissants, bien qu'elles n'aient aucune date certaine antérieurement à la saisie. (Colmar, 8 janvier 1830; — Bourges, 3 février 1836; — Toulouse, 7 décembre 1838; — Cassation, 5 août 1839; — Toulouse, 5 juin 1842; — Aix, 8 janvier 1841; — Cassation, 8 novembre 1842; — Chauveau sur Carré, art. 572, quest. 1967; — Roger, n° 568; — Boitard, 2e édit., t. II, p. 452; — Thomine, t. II, n° 632; — Toullier, t. VIII, n° 249; — Duranton, t. XIII, n° 136; — Chardon, *Traité du dol et de la fraude*, t. II, n° 257.)

Les dispositions de l'article 1328 ne sont pas au surplus, en règle générale, applicables aux matières commerciales et aux cas de faillite, que les créanciers soient considérés comme des tiers ou des ayants cause (Paris, 12 avril 1811; — Cassation, 7 janvier 1824; — Rennes, 2 janvier 1827; — Besançon, 15 février 1837; — Toulouse, 4 juin 1827; — Bordeaux, 22 décembre 1828; — Cassation, 1er mars 1830; — Cassation, 18 janvier 1834; — Cassation, 17 juillet 1837; — Toullier, t. VIII, n° 244; — Pardessus, nos 246 et 1187; — Duranton, t. XIII, n° 140; — Bonnier, n° 571; — Cadrès, *Mod.*, p. 149; — Devilleneuve et Massé, v° *Actes sous seing privé*, n° 12), alors même que le créancier fait valoir son titre dans une instance purement civile (Bordeaux, 2 mars 1826; — Colmar, 18 juillet 1826; — Arras, 1856, trois jugements), par la raison que le caractère des créances et les règles y applicables dépendent de la nature du titre constitutif de l'obligation, et non du caractère de la juridiction appelée à en connaître.

Et la faveur des créanciers est telle dans les matières commerciales, que pour les cas où, comme dans l'article 563, § 2, n° 1 (Code de commerce), la date certaine est requise, on décide que la nomenclature de l'article 1328 (Code Napoléon) n'est pas limitative, qu'il y a des équipollences, qu'ainsi la date certaine peut résulter des registres du mari, — des registres d'un receveur général, — d'une lettre de change, — de simples présomptions. (Grenoble, 17 août 1834; — Cassation, 17 juillet 1837; — Montpellier, 9 février 1850).

abrutissante décadence, de telles monstruosités ne sauraient exister au sein de la nation que les autres peuples proclament la plus généreuse, la plus libérale et la plus avancée du monde.

Lorsque les éléments n'étaient que chaos et ténèbres, soufflait au-dessus le grand Esprit qui devait établir l'harmonie et enfanter la lumière : SPIRITUS DEI FEREBATUR SUPER AQUAS...., *et divisit lucem à tenebris!* (Genèse.)

De même, au-dessus des écarts doctrinaux, des erreurs jurisprudentielles, planent immuables comme la loi, immortels comme la justice, les lumineux et indestructibles principes qui doivent chasser les passagères ténèbres, et ramener au vrai jour de la raison, du droit et de l'équité. Aussi, les yeux fixés sur ces principes, pôle rassurant qui ne saurait faillir, croyons-nous inébranlablement que, dans un prochain avenir, les meilleurs organes de la doctrine et la suprême voix de la Cour régulatrice dénonceront avec un puissant accord l'abus immense qui nous a envahis, et qu'alors il sera clair pour tous, ainsi que le décide M. Troplong, que la femme doit être *protégée et non sacrifiée;* que la loi du Justinien moderne n'est point inférieure à la loi du Justinien des temps antiques, et qu'il est constamment vrai de dire comme on le disait à Rome : *Mulieres fovemus ne damnum patiantur, neve suis rebus defraudentur curamus; nam interest Reipublicæ dotes mulierum salvas esse*[1]!.... *In ambiguis meliùs est pro dotibus respondere.*

[1] Nous ne croyons commettre aucun contre-sens en rappelant la maxime de la loi *Julia*. Cette maxime, nous le savons parfaitement, empruntait aux circonstances une valeur qui ne saurait exister aujourd'hui. Mais avant cette valeur de circonstances, et à un point de vue plus élevé, cette maxime comportait une valeur politique et morale qui, si elle n'eût pas été si longtemps méconnue, eût empêché l'époque de dissolution, de décadence et de dépopulation à laquelle menèrent les tendances subversives et matérialistes de la législation romaine. Pour que le mariage soit honorable, il faut qu'élevée au niveau de l'homme qui ne la domine que par la plus grande force sexuelle, et parce que la nécessité des choses veut un chef en toute association comme en tout gouvernement, la femme soit respectée dans sa personne et dans ses biens. Il est donc sans anachronisme, sans distinction du régime dotal et du régime de la communauté, de l'intérêt de l'État, qu'émancipatrice de l'épouse, la loi soit protectrice de la dot : *Interest Reipublicæ dotes mulierum salvas esse.*

CHAPITRE I.

Droits des femmes sur les biens de communauté.

I.

Consacrant l'opinion de M. Troplong, la Cour de cassation a, dans ces derniers temps, décidé par plusieurs arrêts successifs rendus en matière civile que, même en renonçant à la communauté, la femme prélevait ses reprises, non à titre de créancière, mais à titre de propriétaire des *biens communs*, y compris même les valeurs mobilières.

Et cette jurisprudence a été adoptée, sauf quelques dissidences, par les Cours de l'Empire. En droit civil donc, pas de difficulté, par cela seul qu'elle a un droit, la femme l'exerce à titre de propriété.

Mais y a-t-il parité de position entre la femme d'un commerçant et la femme de celui qui ne l'est point?

Notre avis très-formel est que *rationnellement*, que *logiquement*, que *juridiquement*, mises à l'écart certaines exceptions prévues par la loi consulaire, il est impossible d'établir *en principe*, et pour le *fond du droit*, la moindre différence entre les femmes des commerçants et celles des personnes civiles.

On ne naît pas commerçant, on naît, au contraire, non commerçant, simple citoyen, avec la qualité purement civile, la première, la grande qualité.

Or les droits du citoyen français, qu'il soit ou non commerçant, sont réglementés par la loi commune que l'on appelle le Code civil.

Donc, le commerçant, comme ceux qui ne le sont point, se trouve régi par la codification *quæ ab ortu usque ad occasum*, détermine les droits de tous les Français.

Après la qualité primordiale de citoyen, on peut avoir la qualité secondaire de commerçant ou de femme de commerçant. Viennent alors les règles spéciales édictées par la loi consulaire, à la suite de la loi générale, de la loi civile.

Ces règles parfois ajoutent et parfois dérogent au droit commun, mais ce droit est incontestablement le seul auquel il faille recourir dans le silence de la loi consulaire, loi exceptionnelle, et devant comme telle être essentiellement et strictement restreinte aux seuls cas sur lesquels elle s'est expliquée.

Cela dit, que nul ne peut démentir, il nous serait facile de démontrer que la loi consulaire n'a ni touché ni pu toucher aux droits découlant *forcément* du droit des gens et du droit civil; ces droits, en effet, antérieurs et supérieurs au droit commercial, planent au-dessus de lui, le dominent et n'en peuvent recevoir aucune atteinte.

Mais cette démonstration nous entraînerait en une digression philosophique que ne comporte point la matière à examiner.

Nous constaterons uniquement que la *nature du droit* des femmes exerçant leurs reprises a été déterminée par Lebrun, *Communauté*, liv. II, chap. 3, sect. 1, nos 10 et 13; — par Brodeau, lettre P, n° 13; — par Duplessis, *Consultations* 10, page 66, etc.; — par MM. Troplong, Bugnet, Ménesson, Devilleneuve, etc...., par l'arrêt du 14 août 1567, par la Cour de cassation et la jurisprudence actuelle, au moyen des règles générales et des principes communs du droit civil. Règles et principes que n'a nullement sapés le Code de commerce.

La femme a été protégée et privilégiée par la loi civile. L'esprit de justice l'exigeait impérieusement : aussi comme il ne saurait y avoir deux justices, le commerce ne transformant point complétement *en fin de compte* la condition de la femme commerçante, encore moins la condition de la femme non commerçante d'un commerçant à l'époque de l'union conjugale ou devenu tel dans l'année qui l'a suivie, et bien moins enfin la condition de la femme de celui qui exerçait une *profession déterminée* autre que celle du commerce, au moment du mariage; cette protection et ce privilége se retrouvent fondamentalement dans la loi consulaire, mais parfois sous certaines conditions nécessitées par la sécurité du commerce.

Les droits des femmes, on le comprend, ont constamment le même caractère en droit civil et en droit consulaire, parce que constamment il importe à la justice, à l'État qu'il en soit ainsi : *Mulieres fovemus ne damnum patiantur neve suis rebus defraudentur; nam interest Reipublicæ dotes mulierum salvas esse..... In ambiguis melius est pro dotibus respondere.*

Aussi le Code de commerce ne déroge-t-il aux lois civiles qu'en montrant pour la *constatation* de *certains* droits, plus d'exigences que n'en a le Code Napoléon.

Sous l'empire du droit commun, afin d'exercer ses reprises,

la femme n'a *qu'une chose* à faire, démontrer le droit à la reprise.

Et cela fait, la femme *prélève* les reprises à titre de propriétaire, parce que tel est le *caractère* du droit conféré par la loi.

Sous l'empire de la loi consulaire, au contraire, afin d'exercer ses reprises, la femme doit *parfois* démontrer *deux choses :* 1° le droit à la reprise; 2° ce droit constaté par l'emploi de certaines formalités.

Mais cela fait, la femme prélève ses reprises à titre de propriétaire, parce que la loi consulaire ne porte nullement que, propriétaire en droit civil, la femme ne sera que créancière en droit commercial, chose que la loi ne devait pas dire, chose que l'on ne peut suppléer. *Ubi lex non distinguit, ne judex distinguere potest*, maxime vraie, surtout alors que pour distinguer on irait non-seulement jusqu'à faire des classifications arbitraires, souvent dangereuses, mais encore jusqu'à bouleverser les règles fondamentales du droit, ce qui ne saurait se tolérer.

Pour contester ces déductions qui nous semblent inattaquables, on met en avant un arrêt de cassation, du 24 janvier 1854, et trois arrêts de Cours impériales.

Relativement aux arrêts des Cours impériales, nous ne dirons exactement rien, — trouvant que la jurisprudence nouvelle a apporté *la perturbation* dans la réglementation des droits opposés des époux et des tiers; certaines Cours dissidentes se refusent à appliquer au droit commercial les principes qu'elles n'admettent pas en droit civil. Ces Cours même prétendent qu'il y a pour le droit commercial un *à fortiori* que dément leur discussion, car leur négation du droit de propriété des femmes de commerçants est basée bien plus sur la critique de la jurisprudence de la Cour suprême en matière civile que sur des arguments tirés du Code de commerce; mal converties encore au caractère imprimé au droit de la femme, certaines autres Cours n'osent point faire produire au principe la conséquence qui en découle forcément pour le Code de commerce : leur timidité leur faisant entrevoir une dissemblance de positions absolument imaginaire et complétement impossible.

Ce sont donc des *protestations*, des *tendances*, des *frayeurs*, et non des raisons contre lesquelles conséquemment nous n'irons point lutter.

Pour ce qui est de la Cour régulatrice, elle n'a nullement jugé

en principe qu'en droit commercial la femme ne pouvait exercer ses reprises qu'à titre de créancière.

La Cour a purement et simplement rendu un arrêt d'*espèce*, tel que c'est ici ou jamais, appliquant aux dissemblances capitales la règle que Dumoulin a faite pour les nuances les plus fugitives, le cas de répéter avec ce grand jurisconsulte : *Modica enim circumstantia facti, maximam juris inducit diversitatem.* Cet arrêt, en effet, statue qu'en l'absence de l'emploi des *formalités légales* pour constater le *droit à la reprise*, la femme perd sa qualité de propriétaire, pour n'avoir plus que la qualité de créancière sur les valeurs de la communauté. *Ce qui implique, que la qualité de propriétaire existe, sans cela évidemment on ne saurait la perdre.* L'espèce la voici :

Le 20 janvier 1851, la dame Rochais avait fait prononcer sa séparation de biens d'avec le sieur Gratraud, son mari. Le 21 janvier suivant avait eu lieu, en exécution du jugement, l'acte liquidatif par lequel, pour remplir la femme de ses reprises, le mari lui abandonnait, à titre de dation en payement, suivant le prescrit de l'article 1595 du Code Napoléon, tout l'avoir existant encore et consistant en objets mobiliers. Le 4 mars 1852, le sieur Gratraud avait été déclaré en faillite, et le jugement déclaratif en avait fait remonter l'ouverture au 16 juillet 1850. — Sur ce, les syndics critiquèrent l'acte de liquidation, et prétendirent : 1° que la femme ne pouvait être propriétaire des objets mobiliers dont l'identité n'était pas constatée, ainsi que l'exige l'article 560 du Code de commerce; 2° que la dation en payement était nulle comme constituant un mode de libération prohibé par l'article 446 du même Code.

Et la Cour de cassation accueillit ce système par l'arrêt suivant :

« Attendu que, par suite de la présomption légale établie par le Code de commerce en faveur des créanciers du failli, le droit qu'a la femme de celui-ci d'exercer ses reprises sur le mobilier est soumis à des conditions rigoureuses qui ne sont point imposées aux femmes d'individus non négociants; que les objets à reprendre par la femme doivent être les mêmes que ceux apportés par elle; que leur identité doit être prouvée, soit par le contrat de mariage, soit par inventaire ou par acte authentique, pour ceux qui lui sont advenus par succession, donation ou testament; qu'il faut, de plus, que lesdits effets ne soient point

entrés en communauté ; — attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que le mobilier abandonné à la dame Gratraud, par l'acte de liquidation du 21 février 1851, ne se trouvait pas dans ces conditions, puisqu'il s'agissait d'effets mobiliers dépendant de la communauté des époux Gratraud, et qui, d'ailleurs, ne présentaient aucune trace d'identité avec les apports de la femme; qu'il suit de là que l'abandon desdits objets, fait par le mari à sa femme, constituait un payement fait à un créancier ordinaire depuis l'époque fixée par le tribunal, comme étant celle de la cessation de payements du failli, et qu'en le déclarant nul, aux termes de l'article 446 du Code de commerce, la Cour impériale, loin de violer la loi, en a fait une juste application, etc. »

La Cour de cassation au surplus aurait, ce qu'elle n'a pas fait, tranché en principe le point qui nous occupe, que cette jurisprudence ne nous semblerait nullement déterminante.

Non exemplis sed legibus judicandum, disait Justinien. *Et si Rotæ auctoritas sit magna....., tamen non est tanta ut legi et rationi non sit post ponenda. Rotæ enim opiniones non ut legem habemus, sed eas ex lege et ratione consideramus, et quod in eis legis auctoritate congruit, cum Rotæ laude accipimus; quod vero non congrueret cum pace ejus respueremus*, écrivait dans sa noble et fière indépendance le vieil et fameux Scaccia (*De Commerciis et Cambio*, § 1, quest. 7, n° 219). Le respect et l'autorité qui s'attachent à toute décision de la Cour suprême ne sauraient détruire le respect bien plus grand et l'autorité bien plus irréfragable qui toujours sont dus aux vrais et inaltérables principes. Tout jurisconsulte, *non prévenu*, partagerait inévitablement notre opinion à cet égard : témoin les observations si sages et si lumineuses faites par M. Devilleneuve, 1853, 2, 530, et par M. Paul Pont, *Journal du Palais*, 1854, vol. 1, 225. Bien que profondément divisés sur la nature du droit de la femme en matière civile, ces deux arrêtistes, l'un, défenseur du fameux arrêt du 15 février 1853, l'autre, son adversaire, se donnent la main en tant qu'il s'agit de tirer, en matière commerciale, la déduction du principe posé en matière civile : et ils décident *catégoriquement* que les exigences de la loi consulaire satisfaites, la situation de la femme est *identique* en droit commercial et en droit civil ; que jamais le législateur n'a eu cette idée *monstrueuse* d'enrichir, au détriment de la femme, *la plus sacrée* des créancières, les créanciers de la faillite.

II.

Loin des abus qu'en sauvegardant outre mesure les intérêts des femmes, avait enfantés la législation antérieure à 1808; loin de la ridicule exagération de ceux qui, se chargeant de justifier la règle *in vitium trahit culpæ fuga si caret arte*, poussaient l'aberration jusqu'à proposer « que les biens personnels de la femme entreraient en masse de l'actif, pour le payement des créanciers, et que le douaire et les autres conventions matrimoniales seraient annulés au profit des créanciers; » loin des idées trop radicales de l'empereur sur le bonheur et le malheur de l'existence commune; loin même des considérations déclamatoires, emphatiques et ampoulées de Treilhard, le législateur moderne, jugeant froidement les choses, s'est montré plus favorable et plus équitable, selon nous, que l'ancien Code de commerce, touchant l'étendue des droits de la femme du failli.

Le législateur, en effet, n'a pas été, ainsi qu'on l'entend répéter souvent, ériger en présomption légale la collusion, la fraude et les manœuvres dolosives entre les époux; supposition immorale qui ne serait pas de mise, même en matière criminelle : il s'est uniquement borné à prévenir, en certains cas, la possibilité des concerts frauduleux du mari et de la femme au préjudice des créanciers.

En *certains cas*, disons-nous, car la loi sur les faillites ne réglemente point toutes les causes pour lesquelles la femme peut propriétairement exercer ses reprises.

Sauf les hypothèses prévues en l'article 558 quand il s'agit d'immeubles, en l'article 560 quand il s'agit de meubles, le Code de commerce étant muet, il faut en revenir au droit civil, et ce, pour deux raisons :

La première, parce que cela résulte du texte; la seconde, parce que cela résulte de l'esprit qui l'a dicté.

Du texte. — La loi commerciale n'a exigé aucune constatation particulière lorsqu'il s'agit, pour la femme, de prélever ses reprises, à raison des dettes contractées avec le mari.

De l'esprit qui l'a dicté. — La loi commerciale n'a entendu prévenir la collusion possible entre le mari et la femme, que dans les hypothèses *surtout* où la *confusion* des patrimoines des époux et des biens communs faciliterait les fraudes, et donne-

rait aux créanciers, sous l'apparence de gages illusoires, une trompeuse sécurité.

Or, au cas d'indemnité due à la femme à l'occasion des dettes contractées avec le mari, il ne saurait y avoir de confusion, il ne saurait y avoir de gages illusoires, les créanciers qui exigent la signature de la femme ne le faisant que parce que précisément ils sont en défiance contre la solvabilité du mari.

Ainsi, en *règle générale*, et *notamment au cas de reprises*, la femme du failli, lorsqu'on ne peut la mettre à l'écart pour défaut des formes parfois exigées, est bien, relativement au prélèvement des reprises, une *propriétaire* et non une créancière.

CHAPITRE II.

Droit des femmes sur les propres du mari.

I.

Les mineurs et les femmes mariés, qu'on leur a presque assimilés, sont protégés par la loi, et protégés *quand même*.

Causée au regard du tuteur et du mari par l'impérieuse nécessité de contre-balancer leur administration ou leur omnipotence, cette protection légale, au vis-à-vis des tiers, a pour base une double considération :

1° La faiblesse et l'incapacité d'agir, en présence des puissances paternelle, tutélaire, maritale;

2° L'absence des moyens pécuniaires nécessaires aux actions, l'impossibilité d'avoir des choses la libre disposition.

Au nombre des exceptions protectrices des femmes et des mineurs, se trouve l'hypothèque légale.

L'hypothèque légale, qui est *moins une hypothèque qu'un privilége* sur les immeubles; l'hypothèque légale qui est, à certains égards, plus *privilégiée* que le privilége lui-même.

L'existence des hypothèques conventionnelles et judiciaires ne dépend nullement des créances dont ces garanties sont les accessoires. L'hypothèque conventionnelle résulte du contrat par lequel le débiteur la consent, et l'hypothèque judiciaire naît du jugement qui l'enfante. Sans la stipulation hypothécaire, sans la sentence du juge, la dette n'entraînerait aucune hypothèque.

Comme le privilége, au contraire, qui est attaché à la qualité de la créance, création de la loi, *l'hypothèque légale résulte du fait de la créance, coexiste avec elle.*

Le *propre* de l'hypothèque légale est de se trouver *inhérente* à la créance, d'avoir avec elle une corrélation si *intime*, si *viscérale*, qu'il est, sous l'empire de nos lois actuelles, impossible de concevoir une créance des mineurs sur leurs tuteurs, des femmes sur leurs maris, qui ne soit solidifiée par l'hypothèque légale. — A ce point de vue, *l'hypothèque légale participe du caractère et de la nature du privilége.*

Comme les hypothèques conventionnelles et judiciaires, les priviléges (sur les immeubles) ne sont réalisés que par l'inscription, et ne prennent rang que du jour de celle-ci. Mais l'hypothèque légale, quelles que soient les négligences des personnes chargées de l'inscrire, existe sans inscriptions, et déroge, en ce, au système de publicité qui est le fondement de notre régime hypothécaire. A ce point de vue, l'*hypothèque légale se trouve plus privilégiée que le privilége lui-même.*

Ce ne fut pas sans controverse et sans efforts que passa, lors de la discussion du Code, la dispense d'inscription de l'hypothèque légale, considérée comme *viscéralement inhérente au fait* de la créance.

Beaucoup prétendaient que les droits du créancier étaient aussi intéressants que ceux de la femme et du mineur; qu'en conséquence il n'y avait aucune raison pour dispenser d'inscription l'hypothèque légale; — que les malheureux effets résultant de la négligence du mari et du tuteur, etc., etc., n'avaient rien de plus fâcheux que l'erreur dans laquelle la non-inscription eût jeté la masse des créanciers; — que la dispense d'inscription avait en sus, au regard de la société, l'inconvénient de diminuer le crédit, d'empêcher les transactions rendues moins sûres; au regard de la loi, l'inconvénient de la déparer, de la mutiler, en ébranlant sa base, le système de publicité battu en brèche par les hypothèques clandestines.

Mais ces considérations, quelque puissantes qu'elles fussent, ne purent prévaloir sur les intérêts, plus sacrés encore, des femmes et des mineurs. C'était ici, ou jamais, le cas d'appliquer les maximes : *Contra non valentem agere non currit præscriptio.* — *Interest Reipublicæ dotes mulierum salvas esse.*

On les appliqua; et grâce notamment au Premier Consul, dont le génie législatif égalait le génie militaire, grâce aux aperçus profonds qui donnaient à cet homme étonnant l'intuition d'un droit et d'une justice que n'égaraient jamais les subtilités doc-

torales ou les sophismes scolastiques, il fut entendu que, conséquence *forcée* du *fait* de toute créance des femmes et des mineurs sur les tuteurs et maris, l'hypothèque légale existerait sans inscriptiption, *quoi qu'il pût arriver, quelque préjudice qu'en éprouvassent les tiers et spécialement les créanciers;* et alors, comme la fameuse égide sur laquelle Pallas avait cloué la tête de Méduse, l'hypothèque légale devint le bouclier protégeant celui qu'il armait, et aveuglant ses adversaires.

Il importe de parfaitement constater l'esprit et la volonté du législateur, qui dispensait d'inscription l'hypothèque légale. Nous ne le saurions faire aussi bien qu'en rapportant les paroles relatées par Fenet, t. XV, p. 301, 302, 303, 319, 320, 456 et 457.

Dans la discussion au Conseil d'État, le *Premier Consul* dit « qu'il aperçoit ici trois systèmes différents :

» Celui des lois romaines, qui n'admet ni publicité ni spécialité;

» Celui de l'édit de 1771, qui admet la publicité sans spécialité;

» Celui enfin de la loi du 11 brumaire an VII, qui admet également et la publicité et la spécialité.

» Le consul ajoute que, d'après ce qu'il vient d'entendre, le système du droit romain lui paraît plus dans la nature et dans les principes de la justice civile, en ce qu'il donne la garantie la plus entière pour les hypothèques légales.

» L'édit de 1771 leur est moins favorable, puisqu'il exige, pour les maintenir, la formalité de l'opposition.

» Mais la loi du 11 brumaire an VII les anéantit dans leurs effets; car les femmes et les mineurs ne les obtiennent que dans les cas où il serait formé inscription à leur profit.

» Serait-il impossible de concilier ces divers systèmes?

» Ne pourrait-on pas laisser subsister la nécessité de l'inscription pour toutes les hypothèques, hors les hypothèques légales? *car la loi doit défendre celui qui ne peut se défendre lui-même.* On n'a point répondu à cette question. *Or la femme, le mineur, sont incapables de veiller à leurs intérêts, et cependant, dans l'état actuel des choses, il ne faut que l'omission d'une formalité pour enlever l'hypothèque que la loi a entendu leur assurer.*

» M. Treilhard a objecté que, sous l'empire de l'édit de 1771, il suffisait aussi qu'il n'eût point été formé d'opposition pour que le mineur et la femme perdissent leur hypothèque.

» Mais il y a une grande différence entre faire dépendre d'une formalité l'effet d'une hypothèque qui doit être forcée par cela seul qu'elle est déclarée légale, et laisser périr des hypothèques acquises en négligeant de former opposition; et M. Bigot-Préameneu a fort bien observé à cet égard que le défaut d'opposition n'efface du moins l'hypothèque que sur un seul immeuble, tandis que le défaut d'inscription en affranchit tous les biens du débiteur.

» *Pour que le Code porte une profonde impression de justice civile, il est nécessaire de concilier ces différents systèmes; la justice civile s'oppose à ce qu'on reporte sur le mineur et sur la femme les suites d'une négligence qu'il n'était pas en leur pouvoir d'empêcher. Ce principe ne doit pas être sacrifié au désir, très-louable d'ailleurs, de rendre les transactions plus sûres. Il ne faut pas acheter, au prix d'une injustice, l'avantage de simplifier la loi; tous les principes doivent être également respectés.*

» Il semble qu'on parviendrait à tout concilier si l'on décidait que les hypothèques légales frapperont de plein droit les immeubles du mari et du tuteur; que cependant il est permis au mari de les restreindre à une portion suffisante de ses biens si la femme y consent; que la même faculté est donnée au tuteur; et que si les biens sont insuffisants pour restreindre ainsi l'hypothèque à une partie seulement du patrimoine, soit du tuteur, soit du mari, l'acquéreur achètera à la charge des hypothèques, ainsi que le décidait l'édit de 1771. »

. . . . . .

. . . . . .

« Le *Premier Consul* dit *que depuis qu'il entend discuter le Code civil, il s'est souvent aperçu que la trop grande simplicité dans la législation est l'ennemie de la propriété. On ne peut rendre les lois extrêmement simples sans couper le nœud plutôt que de le délier, et sans livrer beaucoup de choses à l'incertitude de l'arbitraire.*

» Cependant, si la justice civile est la base de la loi, chacun est frappé du sentiment que les droits des hommes reposent sur des principes immuables.

» On perd, au contraire, le respect pour la propriété lorsqu'on la regarde comme soumise à des chances qui peuvent facilement, et sans raison, la porter d'une main dans une autre. *Partout les hypothèques des femmes et des mineurs ont été consi-*

dérées comme naissant et s'identifiant avec l'engagement qui les fait naître; c'est ce principe qu'il faut parvenir à concilier avec la sûreté des acquéreurs et des prêteurs. *La loi sera moins simple, mais elle sera conforme aux principes de la justice civile.* »

Répondant à quelques attaques et critiquant lui-même le système des partisans de l'inscription, le *Premier Consul* ajoute :

« Il a été décidé que les obligations sont exécutoires du jour de leur date : maintenant on propose d'en reporter l'effet à la date de l'inscription qui est subséquente.

» Il a été décidé que les mineurs étaient sous la protection de la loi; on propose un système qui rend cette protection inefficace.

» Il a été décidé que la femme aurait un recours pour ses droits sur les biens de son mari : ce recours, on veut le rendre sans effet.

» Il a été décidé enfin que les biens du tuteur répondraient de plein droit de sa gestion : on mine cette garantie, puisque, dans le système proposé, le tuteur peut donner la préférence à l'un de ses créanciers, en le laissant prendre inscription avant le pupille.

» Mais il faut aller plus loin, et suivre ce système dans ses conséquences.

» Un tuteur n'a point de biens, ou du moins il en a très-peu; il ruine son pupille, et du produit de ses dilapidations il fait des acquisitions considérables; ensuite, à l'aide d'une inscription prise sous le nom d'un faux créancier, il met ses larcins à couvert : et le malheureux pupille n'a pas de recours, même sur ses propres dépouilles, tandis que ce serait, au contraire, les biens que le tuteur acquiert qui devraient principalement répondre de sa gestion. Il fallait, si l'on ne répugne pas à un pareil résultat, ne pas donner de garantie au pupille sur les biens de son tuteur.

» On a également donné un recours aux femmes sur les biens de leurs maris; et néanmoins, quand on vient à la partie du Code où l'exécution de ce principe doit être organisée, on trouve que cette garantie n'existe plus dans l'effet : car, comme l'a très-bien observé M. Tronchet, auquel on n'a point répondu, souvent la sûreté de la femme repose en entier sur les biens qui échoient ensuite au mari; au moment du mariage, il n'y a pas de biens; tout se réduit à des espérances pour l'avenir.

» *Détruire ainsi par les formes les principes qu'on a posés, c'est faire des lois de fantaisie, des lois aussi mobiles que le caprice qui les a produites. S'il existait beaucoup de lois semblables, il n'y aurait plus de justice civile; car il n'y aurait plus de principes fixes et convenus :* la propriété deviendrait flottante; les biens seraient au premier occupant.

» Ce n'est pas cependant qu'on ne rencontre quelques légers embarras en donnant aux hypothèques légales leur effet par la seule force de la loi. Mais cet inconvénient n'est rien auprès de celui de porter des lois contradictoires, et d'imprimer à la législation tout entière le cachet de l'instabilité. D'ailleurs, on a déjà indiqué des moyens de concilier le système des hypothèques légales avec celui de la publicité et de la spécialité.

» On a prétendu que la formalité de l'inscription n'avait pas plus d'inconvénient que celle de l'opposition. Le consul Cambacérès a répondu à cette objection. On peut ajouter à ce qu'il a dit, que la formalité de l'opposition ne permet pas, du moins comme celle de l'inscription, de donner aux hypothèques une date postérieure à celles qu'elles doivent avoir. »

Et dans la présentation des motifs au Corps législatif, *Treilhard* s'exprime ainsi :

« Mais l'inscription sera-t-elle nécessaire pour assurer l'effet de l'hypothèque?

» Ici nous avons cru devoir adopter une distinction tirée de la différente position de ceux à qui la loi a donné l'hypothèque.

» La femme, les mineurs et les interdits sont dans une impuissance d'agir qui souvent ne leur permettrait pas de remplir les formes auxquelles la loi attache le caractère de la publicité : perdront-ils leur hypothèque parce que ces formes n'auront pas été remplies? *Serait-il juste de les punir d'une faute qui ne serait pas la leur?*

» Le mari, le tuteur chargés de prendre les inscriptions sur leurs propres biens, ne peuvent-ils pas avoir un intérêt à s'abstenir de cette obligation? En ne leur supposant pas d'intérêt contraire à celui de la femme ou des mineurs, ne peuvent-ils pas se rendre coupables de négligence? Sur qui retombera le poids de leur faute? Sur le mari, dira-t-on, ou sur le tuteur, qui, sans difficulté, sont responsables de toutes les suites de leurs prévarications ou de leur insouciance. Mais le mari et le tuteur peuvent être insolvables, et le recours contre eux fort

inutile : quel est celui qui se trouvera réduit à ce triste recours, ou de la femme et du mineur, ou des tiers qui, ne voyant pas d'inscriptions prises sur les biens du mari ou du tuteur, auraient contracté avec eux?

» Nous avons pensé que l'hypothèque de la femme ou du mineur *ne pouvait pas être perdue*, parce que ceux qui devaient prendre des inscriptions ne les auraient pas prises, et nous avons été conduits à ce résultat par une considération qui nous a paru sans réplique.

» Les femmes, les mineurs ne peuvent agir : *le défaut d'inscription ne peut donc leur attirer aucune espèce de reproche.* Celui qui a traité avec le mari ou avec le tuteur en est-il aussi parfaitement exempt? Il a dû s'instruire de l'état de celui avec qui il traitait; il a pu savoir qu'il était marié ou tuteur : *il est donc coupable d'un peu de négligence*; c'est donc à lui qu'il faut réserver le recours contre le mari ou le tuteur, et l'hypothèque de la femme ou du mineur ne doit pas être perdue pour eux, puisque enfin seuls ils sont ici sans reproche. Le défaut d'inscription ne leur sera donc pas opposé; c'est un changement aux dispositions de la loi du 11 brumaire an VII; mais ce changement est une amélioration, puisqu'il est sollicité par les règles d'une exacte justice. »

Après ces développements, et bien d'autres en ce sens qui pourraient être cités; à la suite de cette détermination du Conseil d'État : « Le conseil décide *en principe..... que la sûreté de la femme et du mineur doit être préférée à celle des acquéreurs et des prêteurs* » (Fenet, p. 325 et 326), on adopta définitivement la rédaction de l'article 2135, ainsi conçu :

« L'hypothèque existe, indépendamment de toute inscription :

» 1° Au profit des mineurs et interdits, sur les immeubles appartenant à leur tuteur, à raison de sa gestion, du jour de l'acceptation de la tutelle;

» 2° Au profit des femmes pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales, sur les immeubles de leur mari, et à compter du jour du mariage.

» La femme n'a hypothèque, pour les sommes dotales qui proviennent de successions à elle échues ou de donations à elle faites pendant le mariage, qu'à compter de l'ouverture des successions ou du jour où les donations ont eu leur effet.

» Elle n'a hypothèque, pour l'indemnité des dettes qu'elle a

contractées avec son mari et pour l'emploi de ses propres aliénés, qu'à compter du jour de l'obligation ou de la vente.

» Dans aucun cas la disposition du présent article ne pourra préjudicier aux droits acquis à des tiers avant la publication du présent titre. »

Proclamés par toutes les sommités créatrices de la loi, les principes de l'article 2135 ont été unanimement adoptés par toutes les sommités qui ont eu à l'appliquer. Dans la magnifique préface de son admirable *Traité sur les hypothèques*, M. Troplong écrit :

« Une seconde réforme, sur laquelle nous nous *séparons ouvertement* des partisans absolus de la publicité, c'est l'inscription des hypothèques légales des femmes et des mineurs. Nous pensons que, sous ce rapport, le Code civil répond mieux que tous les autres systèmes aux besoins de la société, aux principes du droit, aux règles de la logique.

» La discussion qui s'éleva à cet égard dans le sein du Conseil d'État, et qui fit triompher le *sage éclectisme* que nous défendons, est un *modèle de force* et une *source de lumière*. Cambacérès, Portalis, Bigot, y portèrent leur esprit net et judicieux; le Premier Consul y jeta ces aperçus profonds qui signalent le génie. On a dénigré le système, mais on n'a jamais répondu aux arguments victorieux sur lesquels il repose.

» Ses adversaires ne veulent voir qu'un côté de la question, la facilité des prêts hypothécaires; c'est à cela qu'ils exigent que tout soit immolé. Mais il est un *autre point de vue plus moral et plus grand*, *l'intérêt de la famille et de l'État*, qui seraient ébranlés si les dots des femmes et le patrimoine des mineurs n'étaient mis à l'abri des dissipations et des larcins.

» Voilà l'intérêt qui fut défendu avec énergie au Conseil d'État. On posa ainsi la question : Faut-il que *les prêteurs* qui *peuvent dicter* la loi du contrat, soient traités plus favorablement que les *femmes* et les *mineurs qui ne peuvent pas se défendre?* Ramenée sans cesse à ces termes par la rigoureuse dialectique du Premier Consul, la solution du problème ne pouvait être douteuse, et il fut décidé que la sûreté de la femme et du mineur devait être préférée à celle des acquéreurs et des prêteurs; *rien ne saurait ébranler* ce résultat, si conforme aux règles de la justice.

» Voyez l'inconséquence des partisans de l'inscription. Ils

croient l'ordre public intéressé à ce que les femmes et les mineurs aient une hypothèque légale, et cependant ils veulent faire dépendre cette hypothèque d'un acte supplétif dont l'omission la rendrait sans effet. C'est évidemment créer d'une main ce que l'on détruit de l'autre. Si la femme et le mineur sont incapables de stipuler une hypothèque à leur profit, la même incapacité les accompagne pour prendre l'inscription qui doit la compléter.

» Le mariage et la tutelle constituent dans la société un état public. La notoriété s'attache à leur existence. Les tiers sont inexcusables de l'avoir ignoré. C'est une règle de prudence élémentaire, que l'on doit toujours vérifier et constater l'état de celui avec qui l'on contracte. Cette recherche peut quelquefois être épineuse; mais elle n'offre rien d'impraticable, tandis qu'il ne faut pas oublier qu'en matière d'inscription des hypothèques légales, on lutte contre de radicales impossibilités. »

Voilà donc qu'il est parfaitement démontré et parfaitement établi que les intérêts de la femme et du mineur doivent éclipser les intérêts des tiers; qu'il en est ainsi en matière d'hypothèques légales, garanties spécialement affectées aux mineurs et aux femmes pour assurer leur position dans le présent et la sauvegarder dans l'avenir; que les hypothèques légales *ne peuvent péricliter* en raison d'une *absence de formalité* ou d'une *question de forme*, dont, afin d'éviter toute espèce de *danger* et toute espèce de *chicane*, on les a *précisément affranchies.*

II.

Ceci posé, la question de date certaine a fait un tel pas, qu'elle nous paraît résolue. Demander si l'article 2135 est subordonné à l'article 1328, si l'hypothèque légale dépend de la formalité de la date certaine, c'est demander si l'on peut *indirectement* faire tomber l'hypothèque légale, qui directement se trouve à l'abri des attaques; c'est demander si le législateur a entendu, par la plus grande des inconséquences, défaire d'une main ce qu'à grands frais il faisait de l'autre, et anéantir au profit des tiers un droit dressé pompeusement sur leurs intérêts brisés; si, en un mot, voulant diamétralement le contraire de ses déclarations, le législateur n'a proclamé inviolables et indestructibles les droits de la femme et du mineur, *ne pouvant agir*, que pour les immoler à ceux qui peuvent, libres et maî-

tres de leur action, faire ou ne pas faire suivant que bon leur semble, et pour le mieux de leurs intérêts.

La réponse à ces questions ne saurait être douteuse; aussi n'hésitons-nous ni à croire ni à affirmer que les hypothèques légales sont *tout aussi indépendantes et plus indépendantes* encore de la date certaine, qu'elles ne le sont de l'inscription; que par conséquent l'article 2135 déroge positivement à l'article 1328.

Que par son *esprit* l'article 2135 déroge à l'article 1328, cela est évident; ce qu'a voulu la loi en écartant les formalités a été de solidifier l'hypothèque légale, but qui serait complétement manqué si l'hypothèque pouvait tomber à défaut de date certaine.

Mais par son *texte*, l'article 2135 est clairement exclusif de l'exigence de l'article 1328 et de la *possibilité* de cette exigence en certains cas; nous sommes, de plus, très-étonné que cet exclusivisme textuel n'ait point encore été signalé.

L'article 2135 porte que l'hypothèque existe sans inscription au profit du mineur et de l'interdit, du jour de *l'acceptation de la tutelle;* au profit des femmes, *du jour des donations faites ou des successions atteintes pendant le mariage.*

Or, *en ce qui concerne le mineur*, quand la tutelle est-elle acceptée lorsqu'il s'agit de tutelle testamentaire? Du jour, dit M. Troplong, où le tuteur a eu connaissance du testament. Cela est très-exact. Mais il n'est pas nécessaire qu'il y ait un acte ayant date certaine pour que cette connaissance soit constatée; dans la pratique même cet acte n'existe pas. Et pourtant le mineur a incontestablement une hypothèque légale sur les biens du tuteur, à partir du moment où il est prouvé que celui-ci a connu sa qualité, à partir du moment où il est démontré que le tuteur a agi en cette qualité, alors même que les faits et gestes ne résulteraient nullement d'actes ayant date certaine.

En ce qui concerne les femmes. Pour les donations déguisées, manuelles ou rémunératoires à elles faites, et dont le mari rerecevrait le montant, donations que le plus souvent rien ne constate, ou qui ne sont généralement constatées que par des actes sous seing-privé n'ayant pas date certaine; c'est cependant à partir du jour où il serait démontré que ces donations ont été recueillies par le mari que courrait l'hypothèque de la femme.

Pour l'ouverture des successions, l'époque, suivant le prescrit de l'article 748 du Code Napoléon, est celle de la mort du *de cujus;* en effet, *il n'y a pas de biens sans maître;* et, en droit français, au moment de son décès, *le mort saisit le vif*, à l'instant ensaisiné. C'est donc au jour de la mort que remonte l'hypothèque légale et non au jour de l'acte constatant ce décès; — acte qui, bien que devant être régulièrement dressé dans les vingt-quatre heures, se trouve fréquemment, dans les campagnes, fait après un long délai. — Puis de nombreux cas existent dans lesquels l'acte de décès ne peut intervenir qu'à une époque infiniment postérieure à l'époque *approximativement présumée* du décès. Par exemple, un individu disparaît de son domicile. A deux mois de là, cet individu est trouvé dans un fleuve; les hommes de l'art, après examen fait du cadavre, déclarent que la mort doit remonter à environ quinze jours; c'est à ce moment évidemment que sera reportée l'hypothèque légale de la femme, héritant du noyé. — Autre exemple : un bâtiment se perd en mer, la moitié de l'équipage aborde sur une terre lointaine, et plusieurs mois ou plusieurs années ensuite les naufragés, revenant au pays, déclarent avoir vu sombrer leurs camarades, tel jour et à telle heure. Ce sera évidemment à cette époque que remontera l'hypothèque légale de la femme, héritière du naufragé, encore que la mort ne soit pas certiorée par acte ayant date certaine au jour du décès.

Il serait facile de multiplier ces exemples, mais ce luxe d'espèces deviendrait complétement inutile.

L'article 2135 ne distinguant pas entre les positions où il ne peut y avoir de date certaine, celles où il n'y en a pas et celles dans lesquelles la date certaine serait possible; toutes les causes d'hypothèques légales étant mises sur la même ligne, il faut *naturellement* et *nécessairement* en inférer que jamais l'hypothèque légale ne peut devoir son existence à la date certaine du *fait* constitutif de la créance.

Cette conclusion est d'autant plus *forcée,* que l'hypothèque légale des femmes résulte *essentiellement* d'un *fait,* le fait constitutif de la cause de l'hypothèque, fait qui existe indépendamment de l'*instrumentum* destiné à le constater, et sans qu'il y ait à voir si ce fait a engendré un contrat entre la femme et un tiers : cela ne concernant que les rapports de la femme avec ce tiers, et nullement ceux de la femme et du

mari que la loi a déterminés et que rien ne saurait modifier.

Or, évidemment, la date certaine ne peut être exigée que dans les cas où *il a dû y* avoir des contrats, aux termes des articles 1341 et 1348 du Code Napoléon, c'est-à-dire dans les cas où il a été possible de rédiger ces conventions par écrit, et non dans les cas où les conventions n'ont pu se trouver rédigées, où il s'est agi de faits toujours passibles de la preuve testimoniale ou des présomptions, quant à leur existence, quant à leur nature, quant à leur date, qu'il y ait ou non, à propos de ces faits, des actes sous seing privé, lesquels n'empireraient nullement la position *quod abundat vitiare non potest.*

III.

A propos de la réception des sommes dotales, M. Troplong enseigne positivement que l'hypothèque légale date du jour où le mari a donné quittance de ces sommes, sans que les tiers puissent critiquer les quittances et l'hypothèque pour défaut de date certaine (*Priviléges et Hypothèques*, n° 593); ce sentiment est celui de Merlin (*Quest. de droit*, v° *Hyp.*, § 3, n° 3), de Grenier (*Hyp.*, t. I), de Dalloz, v° *Hyp.*, et de MM. Paul Pont et Rodière (*Traité du contrat de mariage*, t. II, n° 628). C'est également ce qu'a jugé la Cour de cassation le 16 juillet 1817.

Cependant, sous l'ancien droit, cela était controversé. — L'ordonnance de 1629 portait, article 130 : « Toute quittance de dot sera passée devant notaires à peine de nullité pour le regard des créanciers. » La déclaration du 19 mars 1696 ajoutait, article 8 : « Tous contrats de mariage, quittances de dot et décharges, données en conséquence, seront passés par-devant notaires à peine de privation des priviléges et hypothèques. » (Denisart, t. VII, p. 114.)

Mais l'opinion de MM. Troplong, Merlin et Grenier nous paraît inattaquable. Sous l'ancien droit effectivement, et malgré la rigueur des textes, les quittances sans date certaine paraissaient généralement suffisantes pour l'existence de l'hypothèque légale lorsque les créanciers ne prouvaient pas qu'elles étaient frauduleuses (Denisart, *loco citato*). Le Code Napoléon, nous l'avons démontré, s'est complétement mis en dehors du système de l'ordonnance et de la déclaration susmentionnée. Il y a plus, comme le mari *tanquam potentior* pourrait se refuser à donner quittance, et que la femme n'aurait aucun moyen pour

l'y contraindre, la doctrine et la jurisprudence enseignent que la preuve testimoniale serait même admissible pour prouver et la créance et l'époque à laquelle remonte l'hypothèque.

L'opinion de M. Troplong a été tout récemment consacrée par la Cour de cassation en un arrêt portant date du 9 août 1852. Dans cet arrêt confirmatif d'un arrêt de Toulouse, la Cour suprême a décidé que, bien que dans l'acte de vente de biens patrimoniaux consentie par la femme, on trouvât la mention de la quittance, comme si le prix eût été touché par la venderesse, les tribunaux pouvaient cependant décider, d'après les faits et circonstances de la cause, que le prix a été ensuite perçu par le mari, qui en a fait son profit personnel, et que, dans ce cas, l'hypothèque légale remontait au jour où les fonds étaient tombés aux mains du mari (Sirey, 1853, 1, 197).

L'opinion de M. Troplong, enfin, doit être d'autant plus suivie, que sous l'ancien droit auquel l'article 1328 n'a nullement dérogé, malgré la généralité de ses termes, il était de règle, ainsi qu'il l'est encore aujourd'hui, que les quittances sous seing privé, sans date certaine, faisaient foi vis-à-vis des tiers, l'usage n'étant aucunement d'assujettir les quittances à cette formalité (Rousseau de Lacombe, *Recueil de jurisprudence*, v° *Transport*, n° 20. — Denisart, v° *Transport*, p. 243. — Marcadé, article 1328. — Duranton, t. XVI, n° 564, etc...., etc....).

Ce que l'on décide pour la réception des sommes dotales et paraphernales doit, par identité de motifs et par des motifs plus puissants encore, être décidé touchant l'indemnité des dettes contractées par la femme avec et pour son mari, ainsi que l'ont jugé (par un arrêt admirablement motivé) la Cour de Paris, le 31 juillet 1847, Sirey, 1851, 1, 193; la Cour de Toulouse, le 15 février 1851; la Cour de cassation, le 9 août 1852, Sirey, 1853, 1, 197.

Il y a identité de motifs, en ce sens que toutes les considérations de fait applicables à la réception de la somme dotale le sont à l'indemnité pour dettes. — Les créanciers peuvent démontrer la fraude, si elle existe, en un cas comme en l'autre, et dans ces deux hypothèses le mari *tanquam potentior* ne saurait avoir la main forcée : s'il y a eu conventions synallagmatiques, dont un double aît été laissé au mari, la femme ne peut le contraindre à faire enregistrer ce double; si, au contraire, ainsi qu'il arrive très-souvent, les obligations unilatérales ont

été remises aux créanciers, la femme ne peut forcer ceux-ci à faire revêtir leurs titres des formalités voulues pour certiorer la date.

Il y a des motifs plus puissants encore, en ce que, sous l'ancien droit, nulle difficulté ne s'est jamais élevée pour la date certaine ou non certaine du titre constitutif de la créance et de l'hypothèque des femmes obligées avec leurs maris.

Nous lisons dans le recueil de Denisart, v° *Hypothèque*, t. II, p. 302 :

« Dans la coutume de Paris, on donne à la femme une hypothèque légale sur les biens de son mari, à compter du jour de son contrat de mariage, pour les actions, en indemnité et remploi, qu'elle a à exercer à cause des dettes auxquelles elle s'est obligée avec lui.

» Cette jurisprudence est fondée sur ce que la coutume, en établissant le mari chef de la femme, et en lui donnant pouvoir sur elle, il a été naturel de donner à la femme un recours sur les biens du mari dans le cas où, par un effet de son pouvoir ou par sa mauvaise administration, il lui causerait quelques pertes. Et comme l'effet remonte naturellement à la cause, l'hypothèque de l'action de la femme doit, en ce cas, remonter au principe du pouvoir de son mari qui est l'époque du mariage.

» L'hypothèque de la femme pour ses indemnités est donc assimilée dans la coutume de Paris à l'action que le pupille a sur les biens de son tuteur pour la dissipation des deniers pupillaires.

» La jurisprudence est certaine à cet égard. »

La coutume de Paris constituait, comme chacun le sait, le droit commun de la France, et il est incontestable que, sous l'ancienne jurisprudence, l'espèce d'hypothèque légale qui nous occupe, remontait au jour du mariage (Rousseau de Lacombe, v° *Hypothèque*, sect. 3, p. 259 et 260. Ferrière, v° *Hypothèque légale*, § 2, p. 757, etc.....).

Lors des discussions préparatoires de l'article 2135, ainsi que l'indiquent *passim* tous les procès-verbaux, la seule question qui s'agita fut celle de savoir si l'hypothèque légale pour indemnité des dettes contractées par les femmes avec leurs maris *rétroagirait* au jour du mariage, ou si elle prendrait naissance *en qualité d'effet* au jour de l'obligation, *cause de l'hypothèque.*

Ce second système (qu'avait préconisé Lamoignon) devint

rationnellement celui de notre loi actuelle qui, nous ne saurions trop le répéter, a entendu que l'effet coexistât avec la cause efficiente et génératrice, et sans aucunement dépendre de formalités en dehors de la cause, postérieures à la cause, formalités positivement écartées, parce qu'en ne voulant pas exagérer les droits de la femme comme sous l'ancien droit, on voulait bien moins encore la sacrifier au bénéfice des créanciers.

Que la date certaine des titres constitutifs des hypothèques légales des femmes, notamment pour les indemnités de dettes contractées avec le mari soit superflue : c'est ce qui résulte très-positivement de la *grande enquête* faite par la monarchie de juillet sur le régime hypothécaire et les *réformes à y apporter.*

Aucune Cour, aucune Faculté n'est venue prétendre que cette *exigence existait* dans l'économie de notre Code actuel, mais quelques-unes ont demandé *une innovation à cet égard.*

On trouve dans les documents relatifs au régime hypothécaire, publiés sous les auspices de M. Martin (du Nord), garde des sceaux, t. II :

« Les tiers peuvent être trompés sur l'existence de l'hypothèque elle-même, ignorer le fait qui y donne naissance, le mariage, la tutelle. Ils peuvent, lors même qu'ils connaissent l'existence du mariage ou de la tutelle, être trompés sur l'étendue des droits qui en sont résultés, puisque ces droits, en ce qui concerne la femme, par exemple, ne naissent pas seulement du contrat de mariage dont ils pourraient exiger la représentation, mais encore de faits postérieurs au mariage, *d'engagements contractés par la femme et dont rien ne peut faire connaître l'existence et l'étendue.* » (Cour de Colmar, p. 219.)

« On a établi, comme règle générale, que toutes quittances de sommes dotales dues par la femme et recouvrées par son mari en qualité d'administrateur de la dot devront être consenties par acte public, toute quittance de sommes dotales dues à la femme, sous seing privé, devra être annulée, aussi bien dans l'intérêt de la femme qu'à son préjudice, afin de mettre les tiers dans la nécessité d'exiger une *quittance publique.* » (Cour de Montpellier, p. 285.)

« On peut stipuler que la femme ne s'obligera efficacement pour son mari qu'en vertu *d'actes enregistrés* à bref délai, moyennant un droit modéré.

» On peut ordonner que les débiteurs de la femme ne seront valablement déchargés qu'à la charge de faire *enregistrer* immédiatement leur quittance. » (Cour de Riom, p. 334 et 335.)

« La Faculté propose les rédactions suivantes :

» Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée sont, etc.....

» Néanmoins, lorsque la créance résulte de *faits purement volontaires de la femme*, tels que *dettes contractées* ou ventes consenties conjointement avec son mari, *l'hypothèque n'existe qu'à dater de l'époque* où ces faits sont constatés par acte *ayant date certaine.* » (Faculté de Caen, p. 379 et 380.)

IV.

Tout ce que nous venons d'établir reçoit la démonstration la plus éclatante de l'article 562 du Code de commerce.

Cet article est ainsi conçu :

« Lorsque le mari sera commerçant au moment de la célébration du mariage, ou lorsque, n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, il sera devenu commerçant dans l'année, les immeubles qui lui appartiendraient à l'époque de la célébration du mariage ou qui lui seraient advenus depuis, soit par succession, soit par donation entre-vifs ou testamentaire, seront seuls soumis à l'hypothèque légale de la femme :

» 1° Pour les deniers et effets mobiliers qu'elle aura apportés en dot ou qui lui seront advenus depuis le mariage, par succession ou donation entre-vifs ou testamentaires, et dont elle prouvera la délivrance ou le payement par acte ayant date certaine; 2° pour le remploi de ses biens aliénés pendant le mariage; 3° pour l'indemnité des dettes par elle consenties avec son mari. »

En exigeant une date certaine pour les deniers et effets mobiliers apportés en dot ou advenus pendant le mariage, par succession ou donation entre-vifs ou testamentaires, *en n'exigeant aucune date certaine* pour le remploi des biens aliénés pendant le mariage et pour l'indemnité des dettes contractées par la femme avec son mari, l'article 563 *exclut positivement la date certaine* des dernières causes de l'hypothèque. C'est là ou jamais le cas de faire l'application de l'adage *inclusio unius est exclusio alterius.* Et c'est ce qu'a formellement jugé sur les conclusions du savant premier avocat général, M. Nicias Gaillard,

la Cour de cassation, le 27 décembre 1852. (*Journal du Palais*, 1852, 1, 198.)

Cette exclusion, au surplus, ne résulte pas seulement du texte, mais encore de l'esprit de la loi. *Conséquence* de l'article 560, l'article 563 est parfaitement *harmonique* avec lui. Et nous avons vu plus haut que le législateur n'avait voulu prévenir les fraudes entre époux et n'avoir d'exigences exceptionnelles qu'alors que la collusion eût pu être favorisée par la confusion des patrimoines, et que cette confusion possible eût pu tromper les créanciers. Choses inadmissibles aux deux dernières hypothèses visées en l'article 563.

Si, plus défavorable aux créanciers que la loi civile en matière de faillite, et dans le cas précisément où elle est la plus désavantageuse à la femme d'un commerçant, déjà tel au moment de son mariage, la loi consulaire n'exige pas de date certaine pour l'existence de l'hypothèque légale de la femme à l'occasion des dettes contractées avec le mari, il est clair que cette exigence ne saurait exister au Code Napoléon.

Au Code Napoléon, auquel l'article 563 C. comm. a dérogé pour les deniers et effets mobiliers, etc....; au Code Napoléon, auquel l'article 563 C. comm. a renvoyé pour le reste.

V.

Nous croyons avoir pleinement démontré que l'hypothèque légale des femmes est aussi indépendante de la formalité de date certaine que de la formalité de l'inscription.

Reste à démontrer maintenant qu'au point de vue de *l'intérêt de la femme*, qu'au point de vue de *l'intérêt des tiers*, l'hypothèque légale doit être infiniment plus indépendante de la date certaine que de l'inscription.

Au point de vue de *l'intérêt de la femme*, si l'impossibilité d'agir a déterminé le législateur à n'exiger pas l'inscription, à laquelle la femme pourrait, en définitive, souvent procéder, la même impossibilité d'agir aura *à fortiori* dû déterminer le législateur à n'exiger pas l'enregistrement auquel la femme ne saurait procéder, lorsque son mari est en possession du double de l'acte, ou lorsque, comme dans l'espèce, le titre unique a été abandonné au créancier.

Si l'absence de moyens pécuniaires a déterminé le législateur à n'exiger pas même l'inscription d'un bordereau hypo-

thécaire, inscription qui rigoureusement est *gratuite* (art. 2155), et ne donne lieu dans la pratique qu'à une perception *fixe et peu coûteuse* d'environ 3 francs, la même absence de moyens pécuniaires aura dû *à fortiori* déterminer le législateur à n'exiger pas des enregistrements donnant lieu à la perception de droits proportionnels d'autant plus élevés que les chiffres des créances sont plus considérables.

Au point de vue de l'intérêt des tiers, qu'est-ce que la date certaine? Un moyen employé par la loi afin d'empêcher : 1° les simulations, les collusions; 2° les procès que ces choses existant ou n'existant pas n'eussent pas manqué d'engendrer. Lors donc qu'un acte n'est impugné ni de dol, ni de fraude, ni de simulation, la question de date certaine devient sans intérêt.

Quel est maintenant l'effet de la date certaine touchant la publicité? Il est nul, complétement nul, alors surtout que l'on a intérêt à cacher l'existence d'un acte même enregistré.

La situation hypothécaire est facile à connaître, l'inscription devant être prise au bureau dans l'arrondissement duquel sont situés les biens grevés (art. 2146 C. Nap.); dès là donc qu'il y a inscription, il y a par cela même publicité.

Mais l'enregistrement peut avoir lieu indifféremment dans tous les bureaux de France, à cent lieues, à deux cents lieues du domicile des débiteurs. Cet enregistrement se trouve donc, par cela même, d'une découverte impossible, et il ne crée en aucune façon la publicité de la position qu'auraient intérêt à connaître les créanciers.

Si la date certaine était exigible pour l'existence de l'hypothèque légale, il faudrait en arriver à ce résultat singulièrement bizarre *que l'inscription, dont les femmes ont été affranchies, devrait forcément être faite par celles-ci, attendu que l'inscription serait le moyen le moins dispendieux de certiorer, par le payement d'un simple droit fixe, la date d'un acte inutile à produire au conservateur* (art. 2153 C. Nap.). *Acte dont la représentation, indispensable pour l'enregistrer, donnerait ouverture à un droit proportionnel.* En telle sorte que le législateur qui aurait, dans *leurs intérêts*, dispensé les femmes de la formalité de l'inscription, les aurait précisément éloignées de la formalité que, dans *leurs intérêts*, il aurait dû leur conseiller.

A ces considérations, tirées du droit civil et du droit commercial, pourraient s'ajouter d'autres considérations; mais nous

croyons avoir suffisamment démontré les diverses propositions de notre thèse pour qu'il devienne inutile d'insister davantage.

Entre le système inique, immoral, antijuridique que nous combattons, et le système si juste, si légal que nous voulons faire prévaloir, on ne saurait un instant hésiter. Nonobstant les *sophismes*, les *arguties* et les *chicanes* de procédure, la loi protégera toujours les intérêts des faibles, des incapables, et c'est en ces cas surtout que le *génie du droit devant être l'équité : In omnibus quidem, maximè tamen in jure æquitas spectanda*, il faut répéter avec le grand et malheureux commentateur de la coutume d'Artois : « *Quâ quidem dissentione, et aliis similibus dijudicandis, optimum et facile preceptum est, ut primas teneat æquitatis ratio, ad eamque, velut ad fontem veteris juris, Germanæque justitiæ, tota res inferatur, temperetur et exigatur. Sic habebitur, id quod requiritur, rectum et æquabile judicium.* (*Gosso ad rubricam consuetudinum Artesiensum*, n° 7, *in fine.*) LE GENTIL.

DE LA LETTRE DES LOIS

OU

DE LA CODIFICATION ET DE LA RÉDACTION RATIONNELLES DES LOIS.

(*Suite*[1].)

Par M. Gustave Rousset, ancien magistrat.

CHAPITRE II (*Suite*). — De la codification des lois en général. — Suite.

13. Doctrine de l'école philosophique. — L'école philosophique non historique pose en thèse générale que le système du droit résulte particulièrement *des lois* émanées *d'une autorité* supérieure et reconnue : la Raison pour le for intérieur, le Pouvoir pour la société, Dieu pour le monde.

Un peuple n'est pas l'auteur de sa législation : il n'en est que l'objet et l'occasion par ses mœurs et ses coutumes.

Les mœurs et les coutumes, lorsqu'elles ne sont pas d'ailleurs

[1] V. t. X, p. 319.

l'œuvre rationnelle et positive du principe politique ou moral qui gouverne les actions des hommes, sont-elles autre chose que les résultats de la rencontre fortuite de l'instinct, des erreurs ou des excès habituels des individus? — La force intelligente, la puissance sociale doit prendre plus haut son point d'appui. — Il en est des usages opposés aux lois positives ce qu'est *la spontanéité*, qui introduit les uns, à *la réflexion* qui prépare et promulgue les autres; une nation ne peut accepter que l'empire du plus digne.

Un législateur doit en conséquence diriger et corriger les mœurs, et, par les effets indirects des règles qu'il impose, exciter les penchants utiles au but social, réprimer ceux qui lui sont contraires, en mettant toujours néanmoins ses préceptes en harmonie avec les sentiments, l'imagination et les besoins naturels des peuples.

Aux yeux de l'école philosophique, la coutume n'est ainsi qu'un supplément et une suite de la législation; elle ne saurait donc avoir le pas sur elle.

Que l'immobilisme soit contraire à la nature progressive de l'homme, l'école philosophique ne le conteste point, mais elle a raison de penser que les nations, dans leur marche vers le but inconnu qui les attire, ont besoin, comme les armées et les caravanes, de se reposer sur l'expérience et la sagesse d'un chef et d'un guide; — qu'il est surtout nécessaire que les lois soient certaines, afin d'éloigner l'arbitraire de l'administration de la justice, et qu'il importe à l'unité nationale d'avoir un *code* pour le *droit* aussi bien qu'une *grammaire* pour la *langue*.

La certitude des lois qui conserve les droits de chacun et de tous ne peut-elle, d'autre part, se concilier avec la mobilité progressive qui les améliore? Où trouvera-t-on la preuve que le développement social ait été arrêté par la législation, et que les règles de la syntaxe ou le génie d'un écrivain qui transforment et fixent une langue, en aient empêché ou retardé la perfection?

Rien de plus juste que cette comparaison de l'origine et du développement du droit avec la formation des langues, mais il en faut accepter toutes les conséquences; et, si l'on veut bien surtout ne pas tronquer les faits, on verra que cette comparaison, invoquée comme un argument par l'école historique, se tournera contre elle et viendra justifier de haute lutte la néces-

sité d'écrire et de codifier les lois : — les langues, comme le droit, sont en effet un produit spontané de l'esprit humain qui agit d'après des principes rationnels et logiques sans avoir la conscience de son œuvre. — «Mais, » remarque le profond professeur de droit naturel de Bruxelles, M. Arhens, à qui nous cédons, sur ce point, la réfutation de l'école historique, « mais » il ne faut pas oublier qu'il arrive dans le développement des » langues une époque où le génie vient en aide au peuple, où il » saisit la masse souvent encore informe des éléments du lan- » gage, taille le bloc, le dégage de sa rude enveloppe, et met » au jour les veines, les formes innées qui constituent sa beauté. » Chez tous les peuples civilisés il a surgi des écrivains, des » réformateurs qui, par la puissance du génie, ont transformé » la langue de leur siècle, lui ont donné un code, sont devenus » les législateurs du langage; et le peuple, loin de se sentir vio- » lenté par les formes nouvelles, reconnaît bientôt en elles l'ex- » pression fidèle, quoique plus noble, de sa manière de voir et » de sentir. Il en est de même de la formation du droit dans les » coutumes et les lois. Les coutumes expriment les besoins im- » médiats de la raison naturelle dans le domaine du droit; mais » lorsque les coutumes se sont multipliées outre mesure, que la » nation se sent gênée dans ses mouvements et éprouve plus » fortement le besoin de se comprendre dans l'unité et la com- » munauté de la vie, des génies législatifs, appuyés ou suscités » peut-être par les circonstances, se présentent aussitôt pour » formuler les besoins actuels de la nation, pour mieux dessi- » ner toutes les directions de son esprit, pour lui indiquer plus » nettement les voies de perfectionnement conformes à son gé- » nie. A l'instar du peintre qui, en vrai artiste, saisit exacte- » ment les traits, tout en les idéalisant d'après un type supé- » rieur, le vrai législateur saisit la nature nationale dans ses » formes et dans ses tendances les plus dignes, la dégage de ce » qu'il y a de grossier dans son état coutumier, regarde l'avenir » en tenant compte du passé, et tend à s'élever à un état plus » parfait de la vie sociale. Le législateur qui ne serait qu'un » rédacteur de coutumes serait comme le législateur qui s'ima- » ginerait fonder l'unité d'une langue par la collection de tous » les patois.

» Mais une fois que l'état de droit d'une nation a été formulé » par une législation, celle-ci, en se développant par l'applica-

» tion, réagit nécessairement sur la vie nationale, sur son mou-
» vement civil et politique. Le peuple ayant trouvé pour sa con-
» ception du droit une expression plus exacte, devient maître
» de sa pensée, et poursuit avec plus d'intelligence les moyens
» de droit civil et politique nécessaires à la satisfaction des be-
» soins dont il a acquis une connaissance plus claire. De même
» que, dans le langage, la pensée n'est réellement fixée que par
» l'expression qui lui donne sa valeur sociale et réagit ensuite
» sur son développement, de même la législation dans laquelle
» s'exprime l'état du droit, révèle en quelque sorte la nation à
» elle-même, lui indique le degré de culture, les moyens dont
» elle peut disposer et qu'elle voit formuler nettement et en-
» tourés de la garantie sociale [1]. »

La conclusion de tout ceci est que les lois doivent être *écrites* de manière que tous puissent les comprendre et les retenir, être *écrites* et *codifiées* avec unité par l'autorité sociale, afin que la nation, se révélant mieux le but qu'elle doit atteindre, puisse plus facilement réaliser les progrès qui se trouvent en puissance dans ses mœurs.—Telle est la doctrine de l'école philosophique, doctrine progressive et française par-dessus tout [2].

Sans nier la profondeur et quelquefois même la justesse des idées de l'école historique, ses adversaires lui objecteront toujours avec avantage que, du moment où elle reconnaît la destinée sociale de l'homme, la nécessité d'une forme quelconque de gouvernement, d'*un but politique* éloigné ou prochain, provisoire ou définitif, peu importe, elle ne peut sans inconséquence en repousser *les moyens* utiles, et contester la nécessité de prévenir et de punir les actes hostiles qui seraient de nature à entraver la direction constitutionnelle de l'État; là est en effet la raison, le principe et la légitimité des règles, des moyens coërcitifs qu'on appelle *des lois*.

Que si l'on conçoit ensuite, dans la ligne du but social, l'obligation de garantir en même temps l'exercice proportionné des droits de tous et de chacun, l'école historique doit encore admettre, comme conséquence, la nécessité, pour l'être collectif, la société, de prévenir et réparer la violation des droits individuels; de là encore *des lois*, et forcément *des lois* pour ré-

[1] Arhens, *Cours de droit naturel*, édit. de 1853, p. 214.

[2] La doctrine de l'école historique est particulière à l'Allemagne; l'école philosophique serait plus spécialement celle adoptée par le génie français.

gler l'intervention de la force sociale, afin d'assurer l'égale protection des citoyens et la distribution de la justice.

Peut-on, d'un autre côté, se refuser à reconnaître, en fait, combien est grande et féconde l'influence que peut exercer sur le caractère et la destinée d'un peuple une législation exclusivement préoccupée de lui procurer, par l'ordre et la morale, une toujours plus grande somme de vertu, de lumière et de bien-être? le tout est de ne se tromper ni sur son caractère ni sur sa destinée, répondra l'école historique, pour ne pas égarer ce peuple loin de son but naturel. D'accord; mais l'école philosophique ne se trompe ni sur l'un ni sur l'autre, en voulant réaliser par des lois progressives le BIEN dont la nature a jeté en nous le mystérieux pressentiment, le rêve éternel des hommes : la liberté et le bonheur!....

Peut-on bien nier, d'ailleurs, que si les progrès d'un peuple sont avec ses précédents historiques dans les rapports de l'intérêt au capital, ainsi que le prétend l'école historique, on ne puisse rendre néanmoins sa condition meilleure, élever le taux de l'intérêt de ce capital par un placement mieux entendu, par une direction mieux appropriée, sous l'empire de lois économiques plus favorables à son développement?

Et puis, sans même avoir égard aux avantages politiques de l'unité nationale et à ceux non moins grands de la confiance dans les lois que la codification réalise ou affermit dans sa plus haute expression de puissance, ne vaut-il pas mieux que les principes du droit en gestation dans le sein social soient recueillis et délivrés par un pouvoir législatif spécial et désintéressé, que de laisser ce soin à des juristes habiles, il est vrai, mais divisés et manquant de l'esprit et des moyens nécessaires pour saisir l'ensemble des progrès, interroger les besoins généraux, comprendre les aspirations secrètes d'une nation, et préparer sans secousse la voie si difficile des améliorations? — Est-ce à l'œil qui domine, ou à l'œil perdu dans la foule des faits, à indiquer les lignes et la direction de la liberté d'un peuple [1]?

[1] « On demande s'il y a plus d'inconvénient à enchaîner les tribunaux par » des règles précises d'application qui, après tout, ne les empêcheraient pas » d'être injustes s'ils voulaient l'être, que de s'en rapporter à eux sur l'ap- » plication des principes généraux. On ne peut balancer entre les deux in- » convénients, quand on considère qu'il est impossible de faire des lois qui » prévoient tous les cas et qui ne laissent pas à l'arbitrage du juge le plus

Voilà des objections contre lesquelles l'école historique s'épuisera toujours en vains efforts.

Son système est sans aucun doute excellent pour préparer les lois : — les études auxquelles se livrent ses adhérents, les recherches qu'entreprennent ses publicistes favorisent, il est vrai, les progrès de la science et lui ouvrent une voie nouvelle vers des horizons inattendus; mais la coutume, mais la jurisprudence qu'elle préconise pourraient-elles bien remplacer la confiance et la certitude que les lois écrites peuvent seules inspirer à tous les intérêts?

Qu'est-il, après tout, ce système du développement national du droit par la jurisprudence? Ne serait-il pas, dans un autre ordre d'idées, le même que celui qu'avait inauguré la déplorable loi de 1828, dont nous avons déjà parlé, concernant l'autorité interprétative des Cours royales[1]; n'est-ce pas, en somme, le fractionnement du législateur, comme cette loi de 1828 était le fractionnement de l'unité judiciaire?

Quel serait en fin de compte le résultat de son application? — Au lieu d'un législateur on en aurait mille, et mille divisés. — *Tot capita, tot sensus.* — Chaque jurisconsulte deviendrait un élément du corps législatif; et si l'on tient compte de l'amour-propre et de la vanité, de la vanité des demi-savants surtout, pense-t-on que les Cours et les tribunaux se plieraient facilement et d'autorité à la même jurisprudence, que leur indépendance saisirait et comprendrait mieux l'ensemble des véritables principes dirigeants du droit?— Cela est difficile à croire pour qui n'ignore pas les tendances à la contradiction des esprits adonnés à l'étude des lois. — Dès lors forcément des dissidences, des controverses, des opinions sans nombre au milieu desquelles l'autorité supérieure de cette confédération juridique serait trop souvent obligée d'intervenir, avec *ces lois écrites* qu'on repousse, pour rétablir l'harmonie parmi les législateurs subalternes des cercles inférieurs du droit.

C'est ainsi qu'à moins de faire des miracles, la législation coutumière et libre de l'école historique finirait par aboutir du fédéralisme judiciaire à la confusion des langues et des droits

» grand nombre des cas sur lesquels il doit prononcer. » (Procès-verbal du Conseil d'État à propos de la confection des Codes.) — Cette observation prouve que le Conseil d'État s'était posé la question de la codification.

[1] V. *suprà.*

pour recommencer Justinien et les glossateurs du Bas-Empire.

Conçoit-on, d'autre part, lorsqu'on a surtout la prétention de connaître l'histoire, que l'on ose supposer que la science du droit gagnerait à être ainsi livrée aux disputes et aux rivalités des savants et des sectes, et citer pour exemple Rome et l'Angleterre?

Que serait, en effet, devenue la législation romaine sans les préceptes écrits et gravés sur les Douze Tables et dans la mémoire des jeunes Romains? Ce fut là, on le sait, le pivot sauveur et respecté autour duquel gravitèrent, sans trop s'égarer, l'équité du droit prétorien et les efforts des jurisprudents des premiers siècles. Aussi voyez comme les mœurs s'altèrent, comme l'arbitraire grandit à mesure que s'affaiblissent l'empire et le respect de ces lois des Quirites, la science juridique n'est bientôt plus qu'un jeu de l'esprit, et se perd dans les subtilités casuistiques de deux systèmes opposés [1]. Dans ces conditions, que deviennent le droit, la loi et l'empire? — Où en étaient la jurisprudence et la justice avant Justinien? Faut-il fermer l'oreille aux cris de désolation que jetaient partout les droits alarmés, foulés et méconnus? L'histoire n'en a pas tellement étouffé le désespoir qu'on n'en puisse entendre et deviner les révoltes. Peut-on bien dès lors, en présence de l'arbitraire et de la confusion auxquels aboutit à cette époque le libre développement du droit par la jurisprudence des préteurs, la contradiction des maximes et des théories des prudents, contester les bienfaits de la codification si imparfaite de Tribonien?

Quant à l'Angleterre, qu'on lise Bentham sur l'inconvénient des lois non écrites, des *statuts* et de la *common law* [2], « honte et fléau de sa patrie! » et l'on sera surabondamment convaincu [3] des erreurs de l'école historique. — Déjà même l'écho de cette grande pensée agite le parlement et la chambre des communes [4],

[1] Les systèmes des sabiniens et des proculéiens.

[2] Nous avons expliqué, dans la note 1 de la page 321, t. X, ce que c'est que la *loi commune* et ce qu'on entend par *statuts*.

[3] Il est à supposer que les adversaires de la codification eussent été moins enthousiastes du droit coutumier s'ils avaient connu l'opinion de Bentham sur la codification et les dangers de la loi non écrite ou mal écrite; mais les œuvres du juriste anglais n'étaient pas encore connues en Allemagne, lorsque fut engagée entre MM. Thibaut et Savigny la discussion qui divisa les deux écoles.

[4] La législation anglaise présente quant à sa *forme*, dans certaines parties,

et le *bill de la réforme* est venu protester à la fois contre la charte immuable de Marton[1] et les adversaires des lois codifiées.

un caractère tout à fait particulier : — malgré les efforts réitérés de ses jurisconsultes, elle n'est encore ni *codifiée* ni *connue* de ceux qui ont à l'appliquer. Son désordre et sa confusion avaient tellement préoccupé sir Fr. Bacon, dès la fin du XVIe siècle, qu'il proposa, dans un mémoire adressé à Jacques Ier, 1° de faire un *digeste* de la loi commune; 2° de compiler les *statuts*, en supprimant ceux qui se rapportaient à des choses qui n'existaient plus ou qui étaient tombées en désuétude, d'adoucir les peines, enfin de réunir sous un titre unique tous les statuts qui se rapportaient au même objet. C'était un commencement de codification que proposait F. Bacon; mais le temps n'était pas venu pour comprendre et réaliser une si sage et si grande pensée.

Au XVIIe siècle, MATH. HALE, l'un des plus grands jurisconsultes de son époque; au XVIIIe siècle, W. YOUNG, BARRINGTON et d'autres réitérèrent sans succès les propositions de Bacon. JÉRÉMIE BENTHAM fut plus radical; il ne se contentait pas d'une simple compilation des statuts, il demandait un code universel, homogène, soumis à une rédaction uniforme et méthodique.

Le temps n'a fait qu'accroître depuis les embarras de la législation anglaise; le droit statutaire est devenu un dédale au milieu duquel les magistrats et les jurisconsultes ne peuvent plus se reconnaître. — Une réforme était indispensable au commencement de ce siècle : SAMUEL ROMILLY porta le premier coup; en 1808 il fit adopter par le parlement plusieurs bills qui abrogeaient des statuts indignes de figurer dans la législation d'une nation civilisée. — L'exemple donné par Romilly fut suivi par d'autres membres du parlement, et notamment par sir JAMES MACKINTOSH, qui prononça en 1822 un discours remarquable sur la nécessité de réformer les lois criminelles.

Désormais la voie était ouverte. La révision du droit statutaire n'était plus qu'une question de temps, et depuis lors le parlement n'a pas cessé de s'en occuper.

ROBERT PEEL réalisa en partie l'idée de Bacon, de réunir en un statut unique (*consolidate*) les divers statuts se rapportant à un même objet, sur la formation du jury en 1825, sur le vol en 1827, etc., etc.; il fut suivi dans cette voie par les ministres qui lui succédèrent. — Mais ce n'étaient là que des réformes *partielles* qui ne démontraient que trop la nécessité d'une révision *plus générale*.

En 1833, des lettres patentes de Guillaume IV, renouvelées en 1837 par la reine Victoria, instituèrent une commission de cinq membres chargés d'émettre un avis sur l'utilité de codifier la législation criminelle et de préparer les éléments de ce travail. — Cette commission a continué ses travaux jusqu'en 1845; à cette époque, une nouvelle commission fut instituée pour les continuer. Les rapports publiés par cette dernière commission font voir qu'elle ne se borne pas à classer les lois existantes, mais qu'elle poursuit la rédaction d'un véritable code (V. *Étude de législation pénale comparée*, introd.). Quel sera le résultat de ces travaux? c'est ce que l'avenir nous apprendra.

[1] « Les lois ne pourront être changées, » dirent les barons au parlement de Marton, « *Omnes comites et baronnes una voce responderunt quod nolunt leges angliæ mutari.* » Les voix éloquentes des Romilly, des James Mackintosh, de MM. Brougham, Onslow et Taylor ont répondu, nous venons de le voir

L'école philosophique demande, en conséquence, qu'on ne livre pas le développement du droit à l'appréciation divisée des jurisconsultes, non plus qu'à l'action aveugle et instinctive des usages; elle conclut à ce qu'il soit l'objet de la loi positive écrite, et pense que les progrès réalisés par la doctrine et la jurisprudence doivent être définis et sanctionnés par l'autorité sociale, par un législateur reconnu, et qu'il faut que les lois soient, avant toute chose, *certaines* en elles-mêmes, par une rédaction claire et précise, et *certaines* dans leur ensemble, par un classement qui soit de nature à faciliter l'intelligence générale de toutes leurs dispositions.

En un mot, l'école philosophique, au nom de la *justice* et de la *stabilité* progressive des institutions, réclame *des codes;* — et l'école historique, au nom de *l'équité naturelle* et du *libre instinct* du peuple, les repousse avec effroi. — Telle est la question qui a longtemps divisé l'Allemagne et qui a transporté sur le domaine de la législation la dispute éternelle des principes de *l'autorité* et de *la liberté.*

Un troisième système nous paraît devoir résoudre dans une synthèse plus générale les contradictions antagonistes de ces théories trop absolues.

CHAPITRE III.

DE LA CODIFICATION. — GÉNÉRALITÉS. — SUITE.

14. Système éclectique. — Théorie de M. Rossi. — Distinction entre les lois pénales et les lois civiles; erreur de M. Rossi. Il n'y a pas à distinguer entre ces deux ordres de lois en regard de la codification; elles peuvent et doivent les unes et les autres être codifiées. — Origine de cette erreur; distinction à faire entre les lois proprement dites et certaines règles d'interprétation qui n'ont de lois que le nom et l'apparence.
15. Théorie rationnelle. — Distinction à faire entre la législation *générale* et la législation *privée ou contractuelle*, c'est-à-dire entre les *lois* et les *contrats.* — Autre distinction entre la législation, les conventions et la doctrine.
16. Les lois seules doivent être codifiées. — On ne doit introduire dans les codes ni les clauses usuelles des conventions, ni les règles d'interprétation et d'application de la doctrine.
17. Opinion de M. Thiercelin.
18. Conclusion et transition.

dans la note précédente, aux comtes et barons qui avaient voulu défendre leurs lois contre les progrès de la civilisation.

[1] Un argument à faire valoir contre l'école historique, c'est son peu de succès en Allemagne, où se trouvent ses chefs et ses plus fervents adhérents.—

SYSTÈME ÉCLECTIQUE.

14. La codification, voilà donc la question qui divise les deux écoles dont nous avons, dans le chapitre précédent, analysé un peu longuement peut-être les opinions systématiques : — cette haute difficulté de philosophie législative, en l'examinant isolément, nous paraît pouvoir se simplifier tout d'abord par une distinction à bien saisir entre la *doctrine* et la *législation*, entre ce qui est du domaine des faits et ce qui est du domaine des lois. Mais, avant tout, laissons à nos maîtres le soin de poser le problème dans sa véritable enceinte, et de préparer ainsi une tentative de conciliation entre des doctrines opposées.

Nous allons citer encore le célèbre publiciste M. Rossi, et ce ne sera pas sans utilité : — il a touché par tant de côtés à la rédaction des lois, que notre théorie ne peut que gagner à se recommander de ses idées et s'éclairer au rayonnement de sa pensée.

Théorie de M. Rossi[1]. — « La question de la codification, dit » l'auteur des *Éléments du droit pénal*, qui depuis quelques » années a fortement occupé les hommes les plus distingués, » nous paraît devoir être envisagée sous deux faces différentes.

» Dans sa plus grande généralité, elle consiste à savoir si un » système de droit national développé successivement au fur et » à mesure des exigences sociales, par quelques lois, si l'on » veut, mais essentiellement à l'aide des coutumes, de la doc- » trine des jurisconsultes et des précédents judiciaires, n'est » pas préférable à un système de droit fondé directement par le » législateur, moyennant un ensemble plus ou moins volumi- » neux de lois écrites, en d'autres termes par un *code*.

» Considérée sous un point de vue plus restreint, la question » de la codification est celle-ci : Dans un état dépourvu de lois, » ou ayant besoin d'une grande réforme dans son système de » droit, le législateur doit-il procéder peu à peu par lois spé- » ciales, ou bien concevoir tout à la fois un système complet et » le former d'un seul jet, c'est-à-dire remplacer d'un seul coup » tout ce qui existe par un code ?

» On dénaturerait, à notre avis, la pensée des adversaires

La publication de plusieurs codes est venue protester contre leur doctrine. — V., dans le *Précis historique* de M. Serrusier, l'indication de ces différents codes.

[1] V. *Éléments de droit pénal*, t. II, liv. IV, chap. 3.

» de la codification, si l'on pensait qu'ils entendent appliquer » leurs doctrines aux lois pénales. Profonds dans le droit civil, » exclusivement occupés de suivre ce droit dans ses nom- » breuses ramifications et d'en dévoiler l'histoire, la loi pénale » ne s'est présentée à leur esprit que comme un appendice sur » lequel leur attention ne s'est guère arrêtée.

» Le droit civil, en ce qui concerne la codification, présente » des difficultés particulières. — Son étendue est très-vaste, » les sujets qu'il embrasse sont multipliés, variés [1], et, ce qui » est plus important encore, quoiqu'on ne l'ait pas assez re- » marqué, la volonté de l'homme peut, par les déterminations » les plus inattendues, par des combinaisons aussi imprévues » que compliquées, déjouer les efforts du législateur et mettre » en défaut sa sagacité. La loi civile qui saisit l'homme dans le » sein de sa mère, et qui le suit pour ainsi dire jusqu'au delà » du tombeau, ne veut pourtant pas le priver de toute liberté » d'action entre homme et homme. » — Ceci est à noter : « L'homme réagit sans cesse et immédiatement sur le droit ci- » vil, » il serait plus juste de dire *la loi civile;* « soit qu'il dé- » veloppe de nouveaux rapports de personnes, d'obligations, » de propriété, soit qu'il modifie ou combine d'une manière » nouvelle les rapports déjà connus, il force l'autorité judiciaire » à le suivre dans sa marche, dans ses détours, et à décider » les questions et les cas qu'il lui a plu de faire naître, ne » fût-ce que par bizarrerie. » — C'est là, en effet, le résultat de

[1] On peut observer avec quelque raison à ce sujet, contre M. Rossi, que si les applications de la loi civile sont plus variées, si le champ de la liberté des transactions est moins circonscrit que le champ d'action du juge en matière pénale, ce n'est pas à dire que le droit civil soit plus vaste que le droit pénal; leur étendue est exactement la même; les sujets qu'ils embrassent sont parfaitement identiques, quoique à un point de vue différent, et cela est facile à comprendre; il règne, en effet, entre le droit civil et le droit pénal une corrélation telle qu'ils se superposent dans chacune de leurs parties; si l'un détermine et règle l'exercice des droits, l'autre en défend les limites et en punit la violation. — V. p. 172, note.

Le droit civil définit la propriété, par exemple, ses droits; le droit pénal punit les attentats contre la propriété, l'incendie, la dévastation, le vol; le Code civil contient ainsi le catalogue des droits, et le Code pénal, le catalogue correspondant de leurs violations, c'est-à-dire des délits et de leurs peines. Chaque loi civile aboutit dès lors à une loi pénale, et chaque loi pénale a pour principe une loi civile; car, à moins de n'être qu'un vain précepte, tout acte législatif doit avoir sa partie pénale et sa partie civile, la détermination du droit et la sanction..... Nous reviendrons plus loin sur ce sujet.

ce que nous avons nommé plus loin le *droit conventionnel* ou les *lois privées*, par opposition aux *lois générales*, aux *lois* proprement dites.

« Aussi, en regardant de près, s'aperçoit-on que le droit civil » est composé de deux parties fort distinctes : — l'une précise, » impérative, absolue, ne laissant rien à la liberté de l'action » individuelle, se rapprochant beaucoup de la nature des lois » pénales » (droit général et public), « l'autre un peu vague, » moins complète, nous voudrions pouvoir ajouter malléable, » ductile par l'action individuelle, par l'influence de chaque » fait nouveau » (droit conventionnel, droit interprétatif).

« Quand la loi civile a fixé les règles de capacité et les formes » à suivre pour le mariage, réglé la tenue des registres de l'état » civil, annulé toute substitution, déterminé la forme du sys- » tème hypothécaire, etc., tout est dit sur ces matières ; s'il » naît des questions, c'est que la loi est obscure ou incomplète ; » elle aurait pu être complète et claire. Mais la volonté de » l'homme, du simple particulier ne peut rien au delà. S'il se » marie contre la règle établie, son mariage pourra être annulé ; » s'il fait une substitution, elle demeurera sans effet ; s'il n'inscrit » pas ou s'il inscrit mal son hypothèque, elle sera primée.

» Mais la vente, la location, le mandat, le contrat de société » et tant d'autres transactions ne sauraient être réglés de la » sorte : — là, la libre volonté de l'homme conserve tout son » jeu ; là mille combinaisons diverses, variées, nouvelles sont » possibles, probables, licites ; elles ne sauraient être défen- » dues, qu'on le remarque bien, sans arrêter le mouvement » matériel de la société, sans faire de l'homme une machine, » sans nous ramener à un autre temps, à une autre organisation » sociale, à un système de droit strict immuable, incompatible » avec notre civilisation progressive. »

Rien de plus vrai que cette distinction ; elle comprend en germe, à elle seule, la solution du problème qui fait l'objet de ce chapitre ; — elle comprend plus encore, car ces idées développées sont un acheminement vers le principe de rédaction rationnelle des lois par les formules.

« On n'a connu pendant longtemps, continue M. Rossi, que » les assurances maritimes. Les législations commerciales ont » réglé ce contrat, la jurisprudence a développé et appliqué ces » règles. Mais le monde a marché ; l'esprit d'association s'est

» montré sous des formes nouvelles; on a compris qu'il y avait » d'autres risques qu'on pouvait rendre presque inoffensifs en les » partageant; de là les assurances terrestres et les assurances » sur la vie. Mais l'homme marche à sa fantaisie et la loi boite; » — l'homme réclame et la loi est sourde. C'est la jurisprudence » qui suit l'homme forcément et qui l'écoute toujours. L'homme » ne lui dicte pas ses arrêts, mais par sa libre volonté il la force » à en prononcer[1], » — lorsque cette libre volonté se traduit par un contrat ou par une violation de droits.

« Il serait aussi curieux qu'important d'examiner quelle a été » et quelle doit être, dans les divers états de société, la *partie* » *coactive* et la *partie libre* du droit; nous ne pouvons qu'indi- » quer cette belle et importante recherche[2].

» Or que peut le législateur le plus intelligent, le plus habile, » pour cette seconde partie du droit civil? — S'il est sage, il se » bornera à établir les *principes dirigeants* de chaque matière[3], » et s'abandonnera pour le reste à la jurisprudence nationale; » il s'y abandonnera avec confiance, s'il a su donner à son pays » de fortes études, une excellente organisation judiciaire et une » bonne procédure.

» Peut-être même, en examinant de plus près la nature de » l'autre partie du droit (la partie énergique et coactive), arri- » vera-t-il à une conclusion analogue. — C'est-à-dire qu'en sé- » parant du fond du sujet ce qui est réglementaire et de forme, » ce qui par conséquent appartient décidément à l'action légis- » lative, il trouvera qu'il reste encore un champ assez vaste de » combinaisons diverses et jusqu'à un certain point libres, pour

[1] *Note de M. Rossi.* — « Cicéron a signalé un autre point de vue sous lequel le droit civil se détache du droit pénal : « Omnia judicia aut distrahen- » darum controversiarum, aut puniendorum maleficiorum causa reperta » sunt : quorum alterum levius est, propterea quod et minus lædit, et *per-* » *sæpe disceptatore domestico dijudicatur; alterum est vehementissimum,* » *quod et ad graviores res pertinet, et non honorariam operam amici, sed* » *severitatem judicis ac vim requirit.* » (*Pro Cecina*, cap. 11.)

[2] « Cette distinction entre les exigences absolues, impératives de la loi, et la latitude laissée à l'*individualité*, peut jeter une grande lumière sur l'histoire du droit civil de tous les pays, et expliquer ses principales phases. » (*Note de M. Rossi.*)

[3] « Dans les *Annales de législation et de jurisprudence* qui se publiaient à Genève, nous avons essayé d'expliquer ce que nous entendons par *principes dirigeants*. Ils sont autres que les principes généraux; il est essentiel de ne pas s'y tromper. » (*Note de M. Rossi.*)

» lesquelles il ne peut également qu'établir des principes diri-
» geants, et les abandonner ensuite à la jurisprudence nationale.

» Quoi qu'il en soit, si ces considérations suffisent à prouver
» que les ennemis de toute codification ont soutenu une doc-
» trine qui ne laisse pas de s'appuyer sur une connaissance in-
» time du droit civil, de sa marche, de son histoire; elles nous
» paraissent suffire, de l'autre côté, à montrer ce qu'il peut y
» avoir d'exagéré dans leur système. — Un nombre plus ou
» moins grand, mais toujours assez considérable de lois écrites,
» qu'elles soient ou non réunies en un code, est toujours néces-
» saire pour asseoir les bases et déterminer les formes du droit
» civil. — Nous ne voulons d'autre exemple que le système hy-
» pothécaire. Que l'on compare ce système, tel qu'il est orga-
» nisé par la loi française, et mieux encore par les lois prus-
» siennes, bavaroises et autres, avec ce qu'il était sous l'empire
» du droit romain, il faudrait être aveugle pour ne pas recon-
» naître que les lois que nous venons de citer, que ces diverses co-
» difications hypothécaire sont été un bienfait social. Cependant
» ce n'est que par l'action législative que ce bienfait pouvait être
» opéré. Dans nos systèmes politiques, on ne pourrait sérieuse-
» ment songer sérieusement à des préteurs fabriquant à leur gré
» des règlements généraux, des édits, tranchons le mot, des lois.

» C'est dire que, même dans le droit civil, tout ce qui est
» principe dirigeant, prohibition et forme, au fond les formes
» ne sont que des prohibitions, doit être de nos jours l'œuvre
» de la législation proprement dite.

» Nous avons quelques regrets d'avoir abordé ici un sujet que
» les bornes et la nature de notre travail (*Traité de droit pénal*)
» nous empêchent d'approfondir et de développer; cependant
» il nous paraît suffisamment résulter du peu que nous en avons
» dit, que la question de la codification, prise dans son sens
» le plus général, n'est nullement applicable au droit pénal.

» Ce droit est tout de prohibition. — Son champ est peu
» étendu; il ne touche qu'à certaines parties du droit général [1]
» même; dans ces parties le droit, le droit pénal ne s'empare

[1] Nous avons déjà fait observer que le droit pénal a la même étendue que le droit civil; il réprime les violations relatives à l'état civil, au mariage, à la propriété, à la possession, à la tenue des actes civils, aux formalités de la procédure, à l'obligation de juger, par des peines ordinaires ou disciplinaires, des dommages-intérêts ou des nullités; le droit pénal aurait même,

» que des faits les plus graves pour qu'il soit nécessaire de les » réprimer par une *peine*. Sous ce point de vue il se sépare » donc, *toto cœlo*, du droit civil.

» Il s'en sépare aussi en ce qu'il ne crée point, comme le » droit civil, la nécessité de juger, bon gré mal gré, des cas » imprévus et nouveaux. La lutte judiciaire n'est plus entre in- » dividu et individu; la partie lésée peut toujours réclamer un » dédommagement, lors même qu'il n'y aurait point ouverture » à une action pénale. La société ne court point de danger en » laissant impuni un fait isolé, non prévu par la loi positive; » elle trouve sa défense dans la loi qu'elle peut sanctionner pour » les faits semblables qui pourraient encore se commettre. »

Arrêtons ici l'illustre professeur : — l'habitude d'une distinction d'école ou de pratique, mais qu'il importe de ne pas transporter dans cette discussion, l'a emporté sur le pressentiment de la vérité et la logique du raisonnement. — Les plus grands esprits sont sujets à ces étranges défaillances.

Peut-on concevoir, en effet, au point de vue de la codification des LOIS EN GÉNÉRAL, une différence *réelle* entre le *droit civil* et le *droit pénal*, une différence DE NATURE entre les *lois civiles*[1] et les *lois pénales?* Je vois bien une différence *formelle* et de relation dans les moyens de sanction, et jusqu'à un certain point dans le domaine respectif de leur application, mais je n'en vois ni dans leur *nature* intime, ni dans leur *but* principal.

Civiles ou pénales, les lois sont également destinées à prévenir et à punir les actions et omissions contraires à l'intérêt général, aux droits garantis par la constitution de la société; les unes et les autres, explicitement ou implicitement, ont un précepte et une garde, une volonté et une sanction; les unes veillent ici et les autres là, mais enfin chacune d'elle veille, chacune d'elle frappe et retient. — Et il importe peu, ce me semble, quant à *leur incorporation dans le livre des lois*, que l'une ait une massue pour annuler l'acte ou un fouet pour fustiger directement l'auteur. Même *nature*, même *fin*, même mot

à certains égards, plus d'étendue que le droit civil, puisqu'il protége les mœurs, la religion, la vie, la société, qui ne font pas l'objet du droit civil.

[1] Sous cette dénomination générale, nous entendons seulement les lois civiles qui sont l'œuvre du législateur social, et non point les lois civiles des contrats privés, qui sont rédigés par les parties au fur et à mesure que se forment leurs conventions.

d'ordre : où sera la raison de la distinction que l'on fait entre elles en regard de la codification?

Sont-elles moins *pénales*, et partant moins susceptibles de classement, celles qui manœuvrent sur un point au lieu de manœuvrer sur l'autre; sont-elles moins des lois et des lois *répressives*, celles qui concourent à défendre l'ordre, le commerce, l'industrie, les droits des citoyens sur le terrain des relations civiles, comme, sur un autre point, les défendent les lois *pénales* proprement dites?

Que la différence de leur équipement, si je puis m'exprimer ainsi, serve à les faire embrigader dans des corps différents, à la bonne heure; mais exclure les unes des cadres de la codification par la raison que l'arme, c'est-à-dire la sanction qui réalise leur force obligatoire et coërcitive, que les rapports qu'elles surveillent, que la situation qu'elles défendent, ne sont pas les mêmes, ce serait prétendre que l'on peut bien enrégimenter la grosse artillerie, mais non le génie ou les soldats du train, parce que leurs armes, leurs services et leur manœuvre ne sont pas les mêmes. — « Les lois civiles ne sont que des lois pénales sous un autre rapport; » c'est Bentham qui l'a dit, et l'analyse le démontre; — si les unes doivent être codifiées, il n'y a aucune raison pour ne pas codifier les autres.

Je sais bien, au surplus, et c'est là l'erreur contre laquelle je m'élève, que l'on confond avec les lois *civiles* proprement dites certaines dispositions qui n'en sont pas, certains *préceptes dirigeants* attachés à l'interprétation et à l'application des lois, et que la pratique a pris pour des lois, parce qu'ils se trouvaient placés à côté d'elles dans les codes, — telle est l'origine de la distinction que nous combattons, — mais c'est là une confusion dont on ne saurait, avec trop d'instance, repousser la malheureuse tradition.

Ces préceptes ne sont, en effet, ni des lois pénales ni des lois civiles; ils n'ont de *lois* que le nom usurpé que leur conserve l'habitude, et jouent dans le droit le même rôle que les éclaireurs dans les armées en campagne, ou que ces guides qu'elles prennent dans les pays inconnus, mais qui restent étrangers à l'effectif des forces dont ils dirigent la marche et l'application. — Quant à ces dispositions, si nombreuses qu'elles soient dans le corps de nos lois civiles, c'est à elles qu'il faut appliquer la distinction du savant publiciste; elles doivent avec raison rester en

dehors du cadre de la codification, non point comme étant des *lois civiles*, mais parce qu'elles ne sont pas même des *lois*. — Mobiles comme les faits dont elles facilitent l'appréciation, elles appartiennent à la *doctrine*, et ne peuvent dès lors rationnellement faire partie du corps des lois, puisqu'elles n'ont en réalité ni le même but ni le même caractère [1].

Ce sont de ces derniers préceptes, contenant des *définitions*, des *divisions*, des *règles d'interprétation*, et de ces préceptes seuls, qu'il faut entendre ce que M. Rossi vient de dire de cette partie mobile du droit qui doit être abandonnée incodifiée à la libre action de la science et de la jurisprudence. — Quant aux autres, c'est-à-dire toute la partie *limitative* de la liberté individuelle dans les relations civiles, toutes les règles *indicatives* des actes que l'activité *ne peut* ou *ne doit pas* se permettre, *sous peine* de nullité ou de dommages-intérêts, elles sont l'objet des *lois civiles*, et doivent comme les lois *pénales*, qui, *sous peine* d'autres châtiments, défendent d'autres actes [2], être clairement rédigées et ne pas rester étrangères aux bienfaits de la codification.

Sous le mérite de cette distinction, qui se justifiera plus loin mieux encore, la théorie de M. Rossi est de tous points exacte et conforme à la nature même des lois. — Nous en reprenons l'exposition :

Après avoir reconnu la nécessité d'une loi pénale préexistante et publiée, pour légitimer le droit social de punir, l'ordre des idées amène, sous la plume de l'élégant écrivain, la ques-

[1] Voilà pourquoi. Lorsque manquent ces éclaireurs positifs, ces règles spéciales attachées par le législateur à l'interprétation de ses dispositions, il est permis de prendre en certains cas pour guide, dans l'examen des faits, l'équité. — L'équité, c'est le guide que le juge est obligé de suivre dans le pays inconnu de l'application pour diriger la marche de l'esprit au milieu de l'obscurité, de l'insuffisance et des lacunes de la loi. — V. art. 4 C. Nap.

[2] Les lois civiles, pour se défendre contre les *lois privées* de la liberté individuelle (les contrats), frappent de nullité, en leur refusant les effets civils que son concours seul peut donner, ceux de ces actes qui lui sont contraires. — Les lois pénales ayant, au contraire, pour but de prévenir les attentats de la liberté individuelle contre les droits de l'État et des citoyens, ont sanctionné leurs prohibitions par des peines corporelles qui punissent, dans l'agent coupable, le mobile criminel de l'acte accompli. — La différence entre ces deux modes de sanction vient de ce que les actes de la vie civile n'ont d'effet que par l'intervention de la loi, tandis que les actes criminels, les délits et les contraventions ont par eux-mêmes, et indépendamment de la loi, des effets réels dont il s'agit de prévenir le retour par la crainte du châtiment.

tion de savoir si, dans les pays dépourvus de législation criminelle, ou dont la législation criminelle est mauvaise, il vaut mieux procéder à sa révision par lois spéciales, ou créer tout d'un coup une législation pénale complète, un code nouveau. — C'est ici le côté spécial, le petit côté de la difficulté, la codification au point de vue *restreint*. — Notre auteur, tant à cause des difficultés pratiques, que des inconvénients attachés à la confection et à l'élaboration d'un code général par une assemblée ou par une seule tête, et des dangers que présente ensuite sa substitution brusque à une législation ancienne, se prononce, en *matière pénale*, pour les codifications *partielles*, c'est-à-dire pour la rédaction successive des lois pénales par petits chapitres et par *codes détachés*[1].

« Ainsi, de quelque côté, dit-il, qu'on envisage la question, » toujours est-il qu'il vaut mieux renoncer à la pompe d'un code » en cas de révision, et procéder par lois partielles et détachées; elles sont plus faciles à bien faire, plus faciles à corriger; elles se prêtent mieux à la réforme progressive et continue, réforme qui est dans la nature des choses, dans la » nature de l'homme et de ses devoirs.

» Mais en élevant des objections qui nous paraissent fondées » contre un système exclusif, nous ne voulons pas retomber » dans un autre système également exclusif, également vicieux. » Aussi nous empressons-nous de reconnaître qu'il y a dans la » législation pénale une partie qui doit former le sujet d'une » *codification*, lorsque le moment arrive d'y opérer une réforme » radicale. Nous voulons parler de l'organisation judiciaire et » de l'instruction criminelle.

» C'est là une conséquence directe des principes que nous » avons développés. — En effet, qu'est-ce que la procédure? » une méthode. Cet ensemble systématique, et jusqu'à un certain point artificiel, que nous redoutons dans la législation

[1] Cette partie de l'exposition de M. Rossi que nous venons d'analyser succinctement, pour ne pas perdre de vue l'objet spécial qui nous occupe, n'est pas la moins attachante; l'auteur y examine à quel signe on reconnaît qu'une législation pénale est mauvaise, dans quelle mesure on doit la réformer, les difficultés que présente cette réforme, ainsi que la confection d'un code nouveau par un seul législateur ou par une assemblée délibérante, les dangers que l'on rencontre dans l'une et l'autre de ces méthodes, et signale surtout comme vicieux le système adopté pour la confection des lois, de les enchaîner par un ordre artificiel fermé à toute amélioration future.

» pénale, est une nécessité pour l'instruction criminelle. On » peut présenter un projet de loi sur le crime de trahison, puis » un autre tout à fait distinct sur le faux, un troisième sur les » délits de la presse, ainsi de suite. — Quoi qu'on pense ou » qu'on décide du second, le premier peut être fort bon; il peut » être adopté, exécuté avant que le second soit présenté, et » lors même que celui-ci aura été complétement changé ou re- » jeté. — La même chose ne pourrait avoir lieu pour l'instruc- » tion criminelle. On ne saurait prescrire une méthode sans être » sûr d'avoir le personnel propre à cette méthode, sans être sûr que » c'est bien cette méthode, et pas une autre, qui sera adoptée; » enfin on ne peut pas mettre aujourd'hui à exécution une portion » de méthode pour l'engrener dans une autre toute différente.

» En un mot, la procédure est une œuvre systématique et » technique. De là deux conséquences : en cas de réforme ra- » dicale, la codification est nécessaire non-seulement comme » crise sociale, comme moyen politique, mais comme procédé » rationnel et réfléchi. Secondement, les assemblées délibé- » rantes sont fort peu propres à la discussion de ce sujet. »

M. Rossi, on le voit, a tenté de concilier les doctrines de l'école historique et de l'école philosophique. Avec celle-ci il reconnaît l'utilité de codifier, en DROIT PÉNAL, les *lois répressives*, les *lois de procédure* et *celles concernant l'organisation judiciaire*; en DROIT CIVIL, les dispositions *de procédure* seulement; puis avec l'école historique, il admet que tout le reste doit être abandonné incodifié à l'action de la jurisprudence et de la doctrine.

Tels ont été les premiers résultats de l'éclectisme sur cette haute question de philosophie législative que soulevèrent avec tant de verve, en 1815, les profonds docteurs d'outre-Rhin. — Mais, si précieuses que soient de pareilles données, on a déjà compris qu'elles étaient insuffisantes. Il n'y a là rien qui doive nous surprendre; la codification n'a été, pour l'auteur des *Éléments de droit pénal*, qu'une question accessoire que sa pensée dans le plan de son livre ne devait seulement qu'effleurer.

15. Tout n'a donc pas été dit : — le but spécial de cette étude demande une solution plus radicale et plus complète, et c'est à en préciser les lignes générales que sera consacrée la fin de ce chapitre.

La science juridique a une double base : le *fait* et le *droit*, la *législation* et la *doctrine*; et c'est pour avoir trop souvent méconnu l'une ou l'autre, ou les avoir plus souvent encore confon-

dues, que les adversaires et les partisans de la codification ont tour à tour également raison et sont tour à tour également dans l'erreur pour vouloir être trop exclusifs. — Placés aux deux bouts opposés de la vérité, ils n'ont pu l'entrevoir qu'en partie.

Le problème, ainsi que l'a pressenti M. Rossi, nous paraît devoir se résoudre par une distinction qui se trouve dans la nature même des choses.

Théorie rationnelle. — Le DROIT, comme *science*, se compose de deux parties bien différentes :

L'une coërcitive et restrictive de la liberté naturelle des citoyens; elle *constitue*, *ordonne ou défend*. — C'est la législation, le droit proprement dit, le *droit positif*.

L'autre essentiellement progressive, interprétant, complétant et développant la première dans la pratique des faits. — C'est la doctrine, la jurisprudence, l'art.

I. — Dans le cercle infranchissable de la première, dont l'utilité sociale a d'avance déterminé le rayon, il faut en outre distinguer un double mouvement et comme une loi double.

Les intérêts et les individus s'y meuvent, en effet, suivant *deux législations*, dont l'une gouverne et domine l'autre, ainsi qu'un principe ses développements : ce sont, d'un côté, la législation générale du corps social, et de l'autre, la législation particulière des individus, les conventions.

Règles supérieures dérivant des conditions nécessaires de l'ordre social, *les lois générales* auxquelles on a spécialement réservé le nom de lois, ne peuvent et ne doivent changer qu'avec la nature même des choses, les progrès et les relations. — Gardiennes des mœurs et des droits, elles sont essentiellement l'œuvre du pouvoir chargé d'assurer et d'améliorer la vie sociale, et de réaliser son but le plus naturel.

Elles *instituent*, elles *ordonnent* ou elles *défendent* : elles *instituent* les fonctions, elles leur *ordonnent* les *actes utiles;* elles *défendent* à tous les *actes hostiles* au but social.

Procédant par *constitution*, par *ordres* et par *prohibitions*, ces lois doivent donc se préciser et s'écrire pour qu'on puisse leur obéir et les respecter, et c'est sous la protection qu'elles promettent, dans les conditions qu'elles imposent, par les voies qu'elles ont choisies, que se meut la *liberté individuelle* en toute *liberté* d'action et d'inaction.

Dans les limites qu'elles tracent interviennent alors les *lois*

privées des citoyens, les *contrats*, cet élément « ductile et malléable du droit, » qui varie suivant l'intérêt particulier sous l'influence de chaque fait nouveau, tandis que l'élément restrictif et invariable des *lois publiques* est indépendant de la volonté individuelle, et nul n'y peut déroger impunément.

II. — Dans le cercle indéfini, au contraire, de la seconde partie du droit LA DOCTRINE[1], la science réalise ou développe les corollaires des deux *législations* dont nous avons déjà parlé, et détermine la portée réciproque de leurs éléments respectifs.

Dans les *lois* proprement dites, ainsi que dans la *loi des contrats*, elle recherche, d'un côté, l'*esprit* et l'intérêt général; de l'autre, l'*intention* des parties.

Puis des règles positives du prévu, elle découvre les règles logiques de l'imprévu; des dispositions impératives ou prohibitives des lois, elle déduit un ensemble scientifique, une synthèse méthodique qui facilite et fortifie leur application; elle simplifie l'exposition et l'enchaînement des principes dirigeants, elle les complète, elle approprie les définitions aux objets définis; elle fournit ainsi les règles rationnelles de l'interprétation de la lettre, et trace, en un mot, dans les *faits* la route du *droit*[2].

Tel est l'objet de l'action prétorienne et de la doctrine, sur le domaine desquelles nos codes ont plus d'une fois entrepris.

16. Ces distinctions établies et admises entre les LOIS, les CONTRATS et la DOCTRINE, la question de la codification cesse d'être insoluble, et le plus simple peut répondre.

[1] L'expression de *doctrine* peut être employée dans le sens restreint de la doctrine des auteurs, pour distinguer par le terme de *jurisprudence* la doctrine des arrêts; mais le mot *doctrine* comprend ici à la fois l'une et l'autre.

[2] Nous faut-il une autorité pour étayer notre théorie? écoutons le savant hollandais Meyer: « La loi ne prescrit que des règles générales et se » borne au genre; celui qui veut spécialiser, bien plus encore celui qui veut » individualiser l'application de la règle, doit bien se pénétrer de son esprit » et en définir les conséquences pour chaque espèce et chaque cas. C'est à » lui qu'appartiennent les distinctions, les divisions, les subdivisions. C'est » dans ses attributions que se rencontre la science, qui des dispositions ab- » solues de la loi déduit un ensemble scientifique, un traité complet, une » explication savante et méthodique de la législation. — Toute cette partie » est du domaine de la jurisprudence; elle forme la connaissance nécessaire » au jurisconsulte et au magistrat; elle n'est pas *la loi*, mais elle apprend à » se servir de cette loi pour les espèces particulières et les cas individuels » qui se présentent dans la marche habituelle des affaires. » (V. Meyer, *De la codification*, p. 168, et *sup.*, p. 348, t. IX de cette *Revue*.)

En effet :

Les lois *constitutives* de l'État, les lois *impératives* des fonctions, les lois *restrictives* de la liberté individuelle en vue du but social, les règles à l'observation desquelles l'intérêt général oblige de contraindre l'homme par une coercition extérieure et physique, ces limites que nul ne doit violer pour rester dans le droit, ne faut-il pas qu'elles soient visibles pour être observées, certaines et précises pour être suivies?

Si cela est rationnel, si cela est utile et ne présente rien d'impossible, qui donc pourrait contester les bienfaits des lois écrites, qui pourrait nier l'utilité et la possibilité de manifester, sur des tables d'airain, les *ordres* et les *prohibitions* dont le respect est la première condition de la vie sociale? — Qui? personne, à moins de nier ce qui *est*, et de vouloir placer l'arbitraire au-dessus du droit et la raison au-dessous de l'instinct des hommes.

Fixez donc la loi que vous faites, rendez visible et manifeste la ligne des droits, afin que la justice ne soit pas flottante. — C'est le bon sens qui vous le dit, et c'est l'intérêt de tous qui l'exige.

La LOI, la *loi positive stricte*, voilà quelle est la partie de la science juridique qu'il importe de comprendre et de connaître; c'est elle qu'il est indispensable de rendre certaine et précise par une rédaction claire comme la lumière, puissante comme la vérité; c'est aussi la *seule* qu'on doive et qu'on puisse codifier. —Mais si sa codification, toujours nécessaire, est quelquefois laborieuse et retardée, elle devient, lorsqu'elle est complète et rationnelle, un immense et incontestable bienfait.

Peut-on en dire autant de cette partie mobile et molle du droit qui fait l'objet de la *convention* des parties, de cette création imprévue de la volonté individuelle, de cette législation dont les dispositions varient, changent et sont modifiées au gré des circonstances, des intérêts et des calculs particuliers? — Non, assurément.

On peut bien rédiger les *clauses* d'un *contrat*[1]; il suffit pour cela que les consentements générateurs lui aient donné naissance, c'est-à-dire que le contrat *soit* (*prius est esse quam esse*

[1] Chacun a intérêt à le faire pour la preuve et la constatation invariable de la volonté respective des contractants. — La rédaction des contrats présente, dans la sphère des intérêts privés, les mêmes avantages que la rédac-

tale); mais rédiger d'avance les *contrats futurs*, préparer des transactions dont les conditions ne seront un jour ni suivant les mœurs, ni suivant les besoins, exprimer des clauses qui ne sont point et ne seront jamais dans l'esprit des parties, leur supposer des intentions qu'elles ne sauraient avoir et leur imposer des conventions qu'elles n'ont point consenties au nom de la sincérité et de la liberté des conventions, quelle monstruosité! *codifier des contrats*, quelle folie[1]!

tion des lois dans la sphère des intérêts généraux; s'il importe à la société que les dispositions législatives soient connues, il importe aux contractants que les dispositions de la loi privée qui les lie ne soient pas incertaines. — Pour être conséquent, il faut contester l'utilité de la rédaction des unes lorsqu'on nie, comme l'école historique l'utilité de la rédaction des autres.

[1] C'est pourtant ce qui est quelquefois arrivé, lorsque les législateurs, sur la trace de Justinien, ont introduit dans les codes les clauses usuelles des contrats nommés, tels que les *contrats de mariage*, *de la vente*, *du louage*, etc., au lieu de se borner à tracer les limites que l'intérêt général exigeait de la liberté individuelle, en indiquant les clauses qui ne pourraient faire l'objet des conventions. — C'était par voie de dispositions restrictives, négatives et prohibitives que la loi devait procéder en cette matière pour réglementer la liberté des contrats. — En faisant autrement, elle a excédé ses pouvoirs, empiété sur *la partie libre du droit*, et donné des règles d'interprétation qui ne sont obligatoires que lorsque les parties les acceptent et n'y dérogent pas dans leurs conventions. Sont-ce là des *lois*, des *lois générales* et obligatoires, ou des suppléments de la *législation privée* des citoyens?

L'introduction dans nos Codes de ces dispositions qui n'ont de lois que le nom, s'explique par la précipitation avec laquelle ils ont été rédigés, et la délimitation mal comprise par ses rédacteurs entre la DOCTRINE et la LÉGISLATION, et surtout par le défaut de discernement avec lequel on a accepté, du droit romain et des auteurs, les règles interprétatives des contrats et la théorie des obligations. Ces règles étaient à leur place dans le livre de Pothier ou des jurisprudents de Rome; mais le législateur ne pouvait ainsi les sanctionner de confiance, sans s'exposer à confondre ce qui doit être distinct, un *livre de droit* avec un *code*. C'est ce qui explique l'embarras de la jurisprudence à se rendre compte de la *force obligatoire* de pareilles dispositions.

A Rome, avant Justinien, la loi stricte était bornée; sa partie immuable et sacrée, la loi des Douze Tables, avait bientôt cessé d'être au niveau de la situation économique de la société; les besoins nouveaux, des relations multipliées, les abus, les progrès avaient, dès le principe, révélé l'insuffisance de la loi première; — il fallut y pourvoir : et la législation s'augmenta tour à tour de sénatus-consultes, de plébiscites, d'édits, etc. — Mais à côté de la loi s'était formée, pour satisfaire aux nécessités sociales, *la jurisprudence;* de cette jurisprudence, l'équité usuelle en avait déduit certaines règles que l'usage avait érigées en préceptes, et que l'on suivait dans la pratique des faits sociaux, sans pour cela qu'ils eussent en eux-mêmes rien d'obligatoire. C'étaient, d'un côté, les *responsa prudentum* et le *droit prétorien*, deux sources fécondes du droit romain.

A ce point l'œuvre du législateur s'arrête : « La libre volonté » humaine doit ici conserver tout son jeu; là mille combinai-

La *jurisprudence* romaine, et à sa suite les préteurs qui en réalisaient et en appliquaient les décisions, avait ainsi suppléé aux lacunes et au silence de la *loi positive, coactive*; ses décisions étaient des précédents acceptés avec faveur et adoptés dans la pratique usuelle du droit, et qui, sans être strictement obligatoires, avaient une apparence de légalité qui les assimilait peu à peu à la législation positive. C'étaient là des règles d'interprétation, de pures œuvres de doctrine dont on fit par la suite de véritables *lois*, et voici comment :

Lorsqu'il fallut mettre un peu d'ordre dans la science juridique, lorsque Tribonien entreprit de classer dans un recueil ses éléments divisés, on comprend que le savant juriste n'ait pas nettement discerné, au milieu de la confusion des matériaux, ce qui était de la *loi* de ce qui était de la *doctrine*, et il introduisit dans la *législation* obligatoire les règles juridiques que la doctrine avait déduites pour l'application et l'interprétation des contrats privés, les clauses usuelles que les parties, dans leur silence, étaient censées avoir adoptées, et dont le caractère général jouait suffisamment la loi pour expliquer l'erreur des rédacteurs du Digeste.

Cette erreur a égaré la postérité, et depuis, à l'exemple de Justinien, les législateurs modernes ont admis dans leurs codes ces règles interprétatives, ces clauses usuelles des conventions, ces suppléments de contrats qui seraient mieux à leur place dans un manuel de notaire que dans un livre de lois. — Leur utilité incontestable, ainsi que la généralité et l'équité de leurs dispositions, ont trompé sur leur nature, et les ont fait accepter pour des *lois*.

Toutefois, on n'a pu échapper d'une manière absolue à la force des choses; ces clauses, ces conditions supposées sous-entendues par le silence des parties, ces règles d'interprétation qui servent à expliquer et à compléter leurs intentions, n'ont de lois que le nom; elles préjugent la volonté qui fait le contrat, mais elles ne la font pas; et n'ont rien en elles-mêmes d'obligatoire si impératives qu'apparaissent leurs dispositions. — Elles n'obligent point le juge, qui peut, en effet, rechercher dans les circonstances et décider *contrairement*, d'après l'intention des contractants : car la règle suprême n'est plus ici la *loi*, mais la volonté seule des parties lorsqu'elles agissent dans les limites de leur puissance, c'est-à-dire qu'elles ne dérogent point aux *lois* qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

Ces dernières *lois* sont les seules qui soient du domaine de *la législation*. Que les règles d'interprétation des contrats soient utiles, cela est incontestable; mais ne déplacez pas les pouvoirs : la jurisprudence et la doctrine sauront bien les formuler, et leurs décisions auront cet avantage que si, par la *doctrine*, une règle est fausse, c'est une erreur qui n'oblige pas, tandis que, dans la *loi* c'est une erreur dont les résultats peuvent être des déchirements. — La Cour suprême a plus d'une fois jugé dans le sens de cette théorie en décidant que la loi, si impérative qu'elle soit lorsqu'elle rédige les conventions tacites des parties, n'oblige pas le juge s'il apparaît que les contractants ont entendu déroger à celles de ses dispositions qui ne sont pas d'ordre public.— On lira avec intérêt, sur ce point, l'article de M. Thiercelin, publié dans le *Droit*, du 11 avril 1855, intitulé *Du fait et du droit*. V. aussi p. 348, t. IX, *Rev. lég.* et note 1.

» sons diverses, variées, nouvelles, sont probables, possibles; » licites, elles ne sauraient être défendues sans arrêter le mou- » vement matériel de la société, sans faire de l'homme une » machine, sans nous ramener à un autre temps, à une autre » organisation sociale, à un système de droit strict, immuable, » incompatible avec notre civilisation progressive. »

Posez des barrières à la liberté individuelle dans l'intérêt de tous; mais entre ces barrières, laissez-lui toute l'indépendance de son action. — N'étouffez pas le principe actif et libre des conventions dans des formes sacramentelles de contrats imposés par le législateur. — Ce serait violer la nature de l'homme, supprimer son individualité et frapper de mort son industrie.

En conséquence, pas de codification dans cette partie spéciale de la législation. C'est aussi le bon sens qui le dit, et c'est le progrès social et la liberté de l'homme qui l'exigent.

Quant aux *règles* que formule la DOCTRINE pour l'interprétation et l'application des *lois générales et privées*, de la *loi* et des *contrats*, il va de soi que ce serait entreprendre sur son domaine, et borner les bienfaits de son action insensible que de tenter de les réunir, de les fixer, de les ériger en *lois obligatoires* en les codifiant.

Le plus que puisse ici le législateur, c'est de réunir dans un commentaire provisoire, dans des instructions particulières ou l'exposé des motifs des lois, quelques principes dirigeants, quelques règles d'interprétation, quelques définitions, en attendant que la science, portant plus loin ses conquêtes à la suite des progrès sociaux, ait rectifié, développé ou remplacé ces principes, ces règles, ces définitions, suivant la nature des choses et l'exigence des situations. — Vouloir plus, ce serait d'un livre de doctrine vouloir faire un livre de lois, et perpétuer les embarras de la législation et de la justice.

LA LOI *organise* des pouvoirs, *ordonne* ou *défend* des actes; la DOCTRINE *applique* et *explique* les *ordres* et les *prohibitions*. — L'une est un principe *d'action et de direction*, l'autre un système de surveillance et de pratique. Tout pour cette dernière est question de fait et d'intention; et l'on comprend dès lors que si l'on peut d'avance tracer des règles de conduite à l'activité des citoyens, on ne saurait tracer à l'esprit humain des règles efficaces dans son analyse des passions, des consciences, des calculs, et l'appréciation des circonstances et des mobiles de nos actes.

Le législateur rencontre sur ce point trop de lacunes, et sa prévoyance trop de limites, pour prétendre enserrer dans son œuvre l'empire indéfini de l'observation; elle exposerait trop souvent le but que la société doit atteindre si l'intelligence ne pouvait, dans une telle route, obéir qu'aux indications de l'autorité. Le mieux et le plus rationnel est alors de laisser au pouvoir la direction des hommes, aux juges la libre appréciation des faits, et aux docteurs la liberté de la science.— C'est encore le bon sens et la logique qui le disent; mais ce qui l'exige ici, c'est la force même des choses : tout le monde doit en convenir.

17. Codifier, en conséquence, la *partie obligatoire, coactive* et *publique du droit*, abandonner aux intérêts des personnes et à l'action de la doctrine *sa partie conventionnelle et interprétative*, telle nous paraît être, au dernier mot, la solution rationnelle de la question de la codification au point de vue *général* sous lequel nous avons dû d'abord l'envisager avant d'aborder les difficultés spéciales de l'application [1].

D'accord ainsi avec M. Rossi, nous rencontrons dans les lignes suivantes d'un article récemment publié par le journal *le Droit* [2], la confirmation de la plupart de nos idées et la conclusion qui semble le plus naturellement devoir clore cette trop longue dissertation.

Après avoir, avec raison, reproché aux auteurs du Code Napoléon de trop souvent confondre leur mission législative avec la mission du professeur de législation, l'auteur ajoute :

« N'aurons-nous dirigé contre toute une partie du Code qu'une » pure critique de mots, et nul enseignement applicable ne » pourra-t-il en être tiré? — Nous espérons mieux : la pratique,

[1] Toute la difficulté se réfugie, on l'a déjà pressenti, dans la question de savoir à quels signes on pourra reconnaître ce qui est du domaine de la *législation* et de celui de la *doctrine*. — Ce n'est pas encore ici le lieu de déterminer le *criterium* et les règles à suivre pour discerner une disposition légale d'un précepte de doctrine, une règle de conduite d'une règle d'interprétation; bornons-nous à dire que la ligne de démarcation est plus facile à saisir qu'on ne pense, si l'on réfléchit d'abord que la loi n'étant qu'un *principe d'action, d'inaction et de création*, ne peut avoir pour objet qu'une fonction à *instituer*, un acte à *défendre* ou à *ordonner*, et que tout ce qui, dans le droit, ne sera pas *une institution, un ordre* ou *une prohibition* ayant pour objet *direct une création, une action* ou *une inaction*, et s'adressant aux citoyens ou aux fonctions, sera nécessairement du domaine de la *doctrine*.

[2] Article publié par M. Thiercelin, avocat à la Cour de cassation, intitulé *Du fait et du droit*, numéros des 11 et 12 avril 1855.

» en toute chose, profite toujours du développement de la science, » quelque distance qui les sépare.

» D'abord, nous aurons séparé dans le droit ce qu'il y a de » *positif et de variable;* nous aurons distingué le résultat et le » procédé, le but et le moyen, la science et l'art.

» On s'est demandé souvent si le droit était un art ou une » science; mais posée dans des termes aussi généraux, la ques- » tion est insoluble. Une science est un système de connais- » sance, un ensemble de vérité sur une partie spéciale du sa- » voir humain : en ce sens le droit est une science, et la partie » scientifique du droit comprendra toutes les dispositions par » lesquelles la loi ordonne ou défend, c'est-à-dire que l'œuvre » du législateur sera toute la partie scientifique du droit et ne » sera rien au delà. » — C'est cette partie que nous avons signalée sous le nom de *législation.*

« Mais à côté de la science il y a l'art, c'est-à-dire, là comme » ailleurs, une collection de procédés à mettre en œuvre pour » un résultat déterminé. — L'art du droit sera donc cette sco- » lastique juridique dont nous parlons, et à l'aide de laquelle le » jurisconsulte et le magistrat appliquent les principes de la loi » à tous les faits particuliers. » — C'est ce qui fait l'objet de ce que nous avons nommé la *doctrine.*

« Or l'utilité pratique de ces distinctions est frappante. La » science dit ce qui est, l'art conduit à ce que l'on veut qui » soit.— Il n'est pas indifférent, pour le magistrat et le juriscon- » sulte, d'être fixé sur ce qu'il doit savoir et sur ce qu'il peut oser; » de connaître précisément quand il doit cesser d'être savant, » pour commencer à être, nous sommes obligé de dire, artiste.

» En second lieu, les distinctions que nous avons faites met- » tent fin à ces célèbres controverses sur la codification dont » nous avons parlé. Toute l'argumentation des anticodificateurs » consiste à dire qu'un code écrit rend la jurisprudence station- » naire; que c'est un fatalisme où tout est prévu, où tout est » fixé, et propre seulement à tout immobiliser; que la jurispru- » dence, au contraire, suit mieux la marche de la civilisation, » qu'elle se prête sans efforts aux besoins nouveaux, qu'elle se » prête d'elle-même au mouvement moral des peuples.

» Mais il est bien clair que cette objection tombe d'elle-même, » si l'on sépare le *fait,* du *droit, l'art, de la science,* et la *partie* » *coactive* de celle qui doit demeurer abandonnée au *libre ar-*

» *bitre des particuliers*. Que peuvent dire maintenant les anti-
» codificateurs? que la loi écrite est un obstacle au développe-
» ment du droit? — Mais si la législation n'est pas immuable,
» ce qu'il faudrait supposer sans raison, cette critique est sans
» fondement; car c'est seulement le principe théocratique in-
» troduit dans la loi qui arrête le droit, et non le système de la
» codification. Serait-ce que la loi doit suivre graduellement les
» mœurs du pays? Mais elle fait mieux quand elle ne sort pas
» de son domaine; elle laisse les mœurs abandonnées à elles-
» mêmes sous son contrôle.

» La jurisprudence, objecte-t-on, atteint mieux à ce résultat
» nécessaire : c'est une erreur. Avec un droit coutumier rien
» n'est fixé, rien n'est certain ; et comme la jurisprudence, à la
» différence de la loi qui ne statue que pour l'avenir, ne peut
» réaliser un progrès, quel qu'il soit, qu'à propos d'un fait ac-
» compli, il résulte que tout mouvement est un déchirement,
» que tout pas en avant est marqué par une ruine; elle marche,
» c'est possible, mais en laissant derrière elle une longue trai-
» née de douleur et de sang.

» On dira que cette question de la codification est une con-
» troverse usée; peut-être dans les livres, mais elle ne l'est pas
» dans les faits. Ni l'Allemagne ni l'Angleterre n'ont de codes,
» et les idées que nous combattons y sont aussi vivaces que ja-
» mais. Or nous répétons que pour la *partie obligatoire du droit*
» il faut *la loi*, et que, pour sa *partie libre*, il ne faut rien, pas
» même la jurisprudence. »

18. La codification, ainsi cantonnée dans sa véritable enceinte, n'est ni inutile ni dangereuse; elle est, comme nous l'avons dit au seuil de ce chapitre, la conséquence rationnelle et forcée de la certitude et de la rédaction des lois, c'est la conséquence utile des lois écrites; et pour renouer à ce sujet, par une dernière citation, les points extrêmes de cette discussion un peu étendue, disons avec M. Lherminier :

« Qu'il est conforme aux lois de l'esprit, à la structure de la
» raison, à la simplicité rigoureuse du bon sens, de rédiger et
» de distribuer les lois dans des codes méthodiques. Cela con-
» vient au génie prompt et juste de tout homme et de tout peuple.
» Ce sera une supériorité pour une nation sur les autres d'avoir
» su porter dans ses lois une économie philosophique, car ce
» sera la preuve d'une raison plus alerte et plus positive.

» Chez un peuple qui a des codes les lois sont mieux connues, » plus claires, mieux obéies, la vie sociale plus facile, les opi- » nions générales mieux exprimées.

» Vouloir, comme l'école historique allemande, abandonner » perpétuellement la légalité d'un pays aux instincts, aux habi- » tudes des mœurs et aux élucubrations de la jurisprudence, » c'est méconnaître l'office même de la science sociale ; c'est » donner le pas à la jurisprudence sur la législation, aux pro- » cédés techniques sur la vie même, à l'érudition sur la philo- » sophie, au passé sur le présent, aux anciens us et coutumes » sur l'esprit nouveau, c'est abdiquer l'initiative de la raison ; » c'est, pour échapper à l'écueil de violenter les mœurs, tom- » ber dans la servitude de la routine. »

Et afin de ne pas rester sous le coup du reproche d'immobilité ou d'insuffisance que l'école historique adresse avec raison aux codes irréfléchis et temporaires auxquels on paraît se résigner, nous ajouterons : Préparez des codes dont toutes les parties puissent se prêter sans perturbation de l'ensemble aux améliorations successives que réclameront les besoins et les progrès futurs ; édifiez, par une rédaction rationnelle et un classement logique, une œuvre puissante et durable, en un mot *le digeste perpétuel et progressif* que l'avenir continuera.

PERPÉTUEL ET PROGRESSIF ! Que pourrait à cela répliquer l'école historique? que cela est impossible. — C'est nous mettre en demeure de faire connaître LES MOYENS D'APPLICATION du système dont nous nous sommes jusqu'ici borné à indiquer les lignes *générales :* — nous sommes prêt. — Observons toutefois que si, dans l'ordre naturel des idées, nous avons dû, avant tout, démontrer *l'utilité* et la *possibilité* d'une rédaction et d'une codification rationnelles des lois, en elles-mêmes, il n'est pas moins logique de subordonner la détermination des PROCÉDÉS TECHNIQUES de leur réalisation à l'exposition des PRINCIPES FONDAMENTAUX dont ils seront les corollaires, — et que tel est le plan que les nécessités du sujet imposent à notre analyse dans l'intérêt même de ses déductions.

Ici de nouvelles études nous attendent, de nouveaux problèmes vont solliciter notre attention.

Et d'abord, comme la formule des lois doit être déduite de leur *nature* intime, il est indispensable d'étudier et d'analyser

l'idée de la loi en elle-même : — or cette idée ne s'étant révélée d'une manière exacte et souveraine que successivement dans la conscience des peuples, par le sentiment individuel du *droit et du devoir*, ce n'est que dans l'histoire qu'on peut saisir avec quelque succès le développement de son éclatante énergie.

Dans l'homme, avec la *philosophie*, dans la conscience des nations, par *l'histoire* et la *science juridique*, nous avons donc à étudier et à rechercher l'origine et les mouvements successifs de ces deux grandes idées, le DROIT et la LOI, pour en déterminer le caractère et la nature aux différents moments de leur développement individuel et social : c'est ce qui fera l'objet des chapitres qui vont suivre. GUSTAVE ROUSSET.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

QUESTION SUR L'ARTICLE 9 DE LA LOI DU 23 MARS 1855.

Par M. DUCHESNEAU, docteur en droit, avocat à Louhans.

L'acquéreur d'un bien propre au mari ou dépendant de la communauté doit-il faire inscrire la renonciation à l'hypothèque légale résultant à son profit de l'intervention de la femme à l'acte de vente?

L'affirmative a été soutenue par M. Alexis Leroux, avocat à la Cour de cassation, dans une dissertation insérée au journal *le Contrôleur de l'enregistrement*, janvier 1856, article 10689, 3e question. — D'après ce jurisconsulte, la question est textuellement résolue par l'article 9 de la loi sur la transcription. La femme qui comparaît à l'acte de vente d'un propre du mari, que fait-elle si ce n'est renoncer à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur? Cette renonciation sera donc inscrite comme doivent l'être toutes celles dont parle l'article précité, sous peine par l'acquéreur de voir les tiers subrogés à l'hypothèque de la femme s'inscrire utilement sur son immeuble.

Je demande la permission d'exposer mes doutes sur l'exactitude de cette solution qui me paraît également repoussée par le texte et par l'esprit de la loi.

On a souvent regretté que la matière, si épineuse et en même temps si pratique de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme, n'ait été l'objet d'aucune disposition législative. La loi nouvelle est loin d'avoir donné satisfaction à ces regrets ; car, des nombreuses questions nées de l'absence de texte, elle n'en

tranche bien nettement qu'une seule, peut-être celle sur laquelle la controverse était le plus près de s'éteindre malgré l'autorité toujours si grave de Proudhon. Le savant auteur du *Traité de l'usufruit* distinguait entre les effets de la subrogation ou cession et ceux de la simple renonciation consentie au profit d'un créancier; celle-ci n'était pas *translative*, mais seulement *extinctive;* elle n'empêcherait pas la femme de subroger ultérieurement d'autres créanciers au détriment de celui qui pouvait l'invoquer. Cette distinction, repoussée par M. Troplong (n° 600 *bis*) et par un arrêt de la Cour de Lyon, du 7 avril 1854, a été, selon nous, justement condamnée par l'article 9 de la loi du 23 mars 1855. Mais doit-on en conclure que le créancier subrogé et l'acquéreur avec intervention de la femme à l'acte se trouvent également soumis aujourd'hui à la formalité de l'inscription? C'est ce que nous ne saurions admettre.

La position du créancier n'a jamais été confondue avec celle de l'acquéreur; la question relativement à ce dernier a toujours tenu une place à part dans la théorie de la subrogation à l'hypothèque légale. Cela est si vrai que Proudhon, après avoir au n° 2339 fait si bon marché des droits du créancier porteur d'une simple renonciation, n'hésite pas à reconnaître, au numéro suivant, que l'acquéreur n'a rien à craindre des subrogations postérieures à la vente. La confusion que nous cherchons à prévenir semble impossible après le plus léger examen. Le créancier, en effet, ne demande à la femme mariée qu'un surcroît de garantie pour le recouvrement de sa créance; ce qu'il recherche dans la subrogation, c'est *un rang* utile sur les biens du mari; s'il se rend cessionnaire de l'hypothèque légale, c'est pour l'*exercer* avec la faveur qui y est attachée. — L'acquéreur, au contraire, n'a pas de recouvrement à effectuer, dès lors pas de rang à obtenir; ce qu'il veut, c'est sa sécurité comme tiers détenteur; il ne demande pas à la femme de lui céder une hypothèque légale dont il n'a que faire; il ne cherche, au contraire, qu'à l'éteindre; s'il appelle la femme au contrat, c'est pour en donner main-levée; il ne voit dans son intervention qu'un moyen expéditif et non dispendieux d'opérer une sorte de purge.

Peut-on accuser le législateur de 1855 d'avoir confondu dans une même disposition des situations aussi diverses? Les termes qu'il a employés suffisent, ce nous semble, pour le disculper de ce reproche. Quelle est, en effet, l'utilité de l'inscription dont parle l'article 9? Elle sert, d'après le 2e alinéa de cet article, *à déterminer* L'ORDRE *dans lequel ceux qui ont obtenu des cessions ou renonciations* EXERCENT *les droits hypothécaires de la femme.*

N'est-ce pas dire assez clairement que l'article 9 n'est applicable qu'au créancier, nullement à l'acquéreur? Toutes les renonciations consenties au profit d'un créancier seront réputées translatives et soumises à l'inscription, la subtile distinction de Proudhon est rejetée; il n'y a rien de plus dans le texte que nous venons d'analyser.

Si nous consultons l'esprit de la loi, il sera plus évident encore que les droits de l'acquéreur ne peuvent dépendre d'une inscription, et nous cherchons en vain à assigner un but utile à cette formalité. On nous dit qu'elle servira « à garantir l'acquéreur contre les autres créanciers subrogés dans l'hypothèque légale de la femme. » Plaçons-le successivement en face des subrogés antérieurs ou postérieurs à la vente; nous croyons que sans avoir pris inscription et à la seule condition d'avoir fait transcrire son contrat, il n'aura rien à redouter ni des uns ni des autres.

Les créanciers nantis, depuis le 1er janvier 1856 et antérieurement à la vente d'une subrogation, seront forclos du droit de l'inscrire par le seul effet de la transcription opérée par l'acquéreur; la combinaison des articles 6 et 9 de la loi conduit nécessairement à ce résultat. Aux termes du premier de ces articles, la transcription d'une vente purge tous les droits conférés antérieurement sur l'immeuble lorsqu'ils n'ont pas reçu la publicité à laquelle ils sont soumis. Cette disposition n'est pas limitée aux hypothèques mentionnées aux articles 2123, 2127 et 2128; elle embrasse tous les droits réels de préférence assujettis à l'inscription; l'énumération de la loi n'est qu'énonciative, tout le monde est d'accord sur ce point. Or le créancier subrogé est-il affranchi de la publicité? non; car *il n'est saisi à l'égard des tiers que par l'inscription* (art. 9). L'acquéreur est à coup sûr un tiers; il n'aura donc rien à craindre des créanciers qui n'ont pas fait inscrire leurs subrogations.

Il serait assurément étrange d'attribuer des droits plus étendus aux créanciers qui n'ont traité avec la femme qu'après qu'elle s'était complétement dépouillée relativement à l'immeuble vendu; et nous ne voyons aucune raison de ne pas appliquer ici le principe : *nemo plùs juris transferre potest quàm ipse habet.*— Mais, dira peut-être le créancier subrogé, en matière d'hypothèque légale il y a un mode particulier prescrit pour saisir vis-à-vis des tiers, et ce n'est plus la transcription, mais l'inscription; cessionnaire de l'hypothèque légale de la femme, j'ai consulté le registre des inscriptions et la renonciation consentie au profit de l'acquéreur ne m'étant pas révélée, j'ai dû m'attendre à le primer sur son immeuble. Nous

avons déjà répondu que l'acquéreur ne s'est pas rendu cessionnaire d'une hypothèque, mais, ce qui est bien différent, d'un immeuble franc d'une hypothèque; nous ne reviendrons pas sur ce point; il ne nous reste plus qu'à démontrer que tous les intérêts protégés par la loi du 23 mars 1855 sont parfaitement sauvegardés dans notre solution. Le prêteur sur hypothèque doit toujours se faire deux questions : 1° L'immeuble qu'on lui présente pour gage appartient-il à son débiteur? 2° N'est-il pas absorbé par les inscriptions de précédents créanciers? Il devra les résoudre dans l'ordre où nous venons de les poser; car, avant de savoir si l'immeuble est libre, il désirera s'assurer si le débiteur a le droit de l'hypothéquer. Le créancier qui cherchera une garantie dans la subrogation à l'hypothèque légale de la femme consultera donc d'abord le registre des transcriptions, et s'il y voit qu'un immeuble du mari ou de la communauté a passé entre les mains d'un tiers *avec le concours de la femme*, il sera suffisamment averti que ce gage lui échappe, il ne poussera pas plus loin ses investigations. Qu'il ne se prévale donc pas du silence du registre des inscriptions; il lui serait victorieusement répondu : vous avez dû consulter aussi le registre des transcriptions, et alors vous saviez tout; si vous ne l'avez pas consulté, vous ne saviez rien, vous n'avez pu compter sur rien.

Lorsqu'un système est entaché d'erreur, il est rare qu'il ne suffise pas de le presser un peu pour en voir découler à l'instant les conséquences bizarres ou les contradictions. Soumettons à cette épreuve celui que nous venons d'examiner, suivons-le dans l'application.

L'inscription prise, nous le supposons, par l'acquéreur, sera sujette à renouvellement. Ce n'est pas sans doute chose inouïe dans notre droit qu'un propriétaire soit tenu de renouveler une inscription sur son immeuble; l'acquéreur subrogé, en vertu de l'article 1251-2°, aux droits d'un créancier inscrit qu'il a désintéressé, est dans cette obligation; mais il y a entre sa position et celle qui nous occupe cette différence énorme, qu'il a agi en pleine connaissance de cause, et qu'après l'extinction des quelques inscriptions qui suivent la sienne sa sécurité sera à tout jamais assurée. L'acquéreur du mari et de la femme, au contraire, sera sous le coup d'un nombre indéfini d'inscriptions, et la surveillance qui lui est imposée n'aura pas de fin! Il y a plus, vainement aura-t-il renouvelé avec soin son inscription, le repos ne lui sera pas acquis pourtant; car, remarquons-le bien, cette inscription ne peut le saisir d'autre chose que d'un rang; une inscription n'a jamais pour effet d'en arrêter d'autres; les subrogés ultérieurement inscrits seraient pri-

més par lui, soit! mais leur inscription n'en grèverait pas moins l'immeuble; de sorte que notre acquéreur sera condamné à perpétuité à voir des tiers inscrire leurs droits sur son bien du chef de la femme qui le lui a vendu, et pourtant la transcription l'a rendu propriétaire à l'égard des tiers! Elle a arrêté à son profit le cours des inscriptions! Ces principes ne lui sembleront-ils pas une dérision de la loi?

M. Leroux cherche cependant à assigner un terme aux anxiétés de l'acquéreur, et il cite le cas où un immeuble de la communauté ayant été vendu, la femme aura ensuite accepté la communauté; car, dit-il, d'après une jurisprudence constante, la femme n'a d'hypothèque légale sur les immeubles de la communauté que lorsqu'elle y renonce. Il n'est pas possible, selon nous, de se condamner plus nettement. Si la femme n'a pas d'action hypothécaire sur les biens de la communauté vendus par le mari lorsqu'elle a accepté, c'est uniquement parce que, tenue comme commune de la dette de garantie, elle se verrait opposer par l'acquéreur la maxime : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Mais qui ne voit à l'instant combien à plus forte raison ce principe est applicable à notre espèce où la femme a contracté par elle-même l'obligation de garantir l'acquéreur? Comment a-t-on pu avoir la pensée de donner à l'obligation de la femme comme commune plus d'énergie qu'à son obligation personnelle? Évidemment si l'acceptation de la communauté par la femme, en opposant une barrière aux subrogations ultérieures, inaugure enfin le repos de l'acquéreur, il ne faut pas hésiter à le faire remonter plus haut, et à le faire dater du jour où le contrat intervenu entre la femme et lui a été notifié aux tiers par la transcription; car, à partir de ce jour, il a été en mesure de repousser l'action de la femme et celle des créanciers, à qui elle n'a pu transférer des droits qu'elle n'avait plus.

Si la femme n'avait pas paru au contrat de vente, mais l'avait ratifié par un acte postérieur, l'acquéreur ne serait à l'abri des subrogations consenties par la femme après la vente qu'à partir de la transcription de l'acte contenant ratification. La publicité restreinte au contrat de vente, loin d'avertir les tiers, serait pour eux un piége, puisqu'elle leur ferait supposer que la femme a conservé son hypothèque légale sur le bien vendu. Il faut donc que l'acte par lequel elle s'est ultérieurement dépouillée soit aussi porté à leur connaissance, mais ce sera encore par la voie de la transcription, non par celle de l'inscription; la ratification n'est, en effet, que le complément de la vente; or on n'inscrit pas une vente, on la transcrit. DUCHESNEAU.

REVUE DE LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ÉTAT.

Créances de l'État. — Prix de pensions des lycées et des écoles spéciales. — Contraintes administratives. — Sections de communes. — Biens communaux. — Changement de mode de jouissance.

Par M. SERRIGNY, professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Dijon.

§ 1. Le Conseil d'État a rendu, le 18 avril 1856 (*Mauprivez*), un arrêt d'une grande portée en matière de contraintes administratives, arrêt qui est de nature à appeler l'attention des jurisconsultes, de l'administration publique et celle même du législateur. Il s'agissait de savoir si le prix de la pension d'un élève à l'école vétérinaire d'Alfort peut être réclamé par voie de contrainte administrative.

La question peut se généraliser et s'appliquer au prix de pension dû par les élèves de toutes les écoles spéciales : école militaire, école polytechnique, école normale, école forestière, etc. Elle s'étend aussi au prix de pension des lycées, de l'école normale, en un mot de toutes les écoles tenues par l'État.

Dans l'espèce qui lui était soumise, le Conseil d'État l'a résolue négativement, par le motif qu'il n'existe aucune loi qui autorise ce mode de recouvrement pour les créances dont il s'agit. M. le commissaire du gouvernement a fait remarquer que la *contrainte administrative* est une *voie exceptionnelle* à laquelle l'administration ne peut recourir sans y être autorisée par un texte de loi, et qu'aucun texte de loi n'autorise la contrainte dans le cas dont il s'agit. Ses conclusions ont été adoptées par la décision ci-dessus.

Il peut être difficile de critiquer cette solution dans l'état actuel de la législation. Mais ce serait là une lacune regrettable, qui ferait tache au milieu de nos lois, et qu'il importerait de combler au plus tôt, ainsi qu'on en sera convaincu en lisant ce qui va suivre.

Le mode de poursuites par voie de contrainte dans l'intérêt de l'État est très-ancien dans nos lois ; on le trouve ainsi formulé dans l'édit de Moulins, de février 1566, art. 18, portant : « Pour les droits dépendants de notre domaine, sera et pourra » estre en tous lieux et parlemens procédé par saisie. » Cela se

conçoit aisément. C'est une chose très-incommode et très-dispendieuse pour un créancier que d'être obligé de faire les frais judiciaires nécessaires qu'entraîne l'obtention d'un jugement pour arriver à déclarer sa créance contre son débiteur retardataire et récalcitrant et que de subir, en outre, les lenteurs qu'occasionnent ces procédures. Pour épargner ces inconvénients à l'État, qui représente l'intérêt général et qui a des fonctionnaires investis de sa confiance, et dont la comptabilité est assujettie à des règles sévères, nos lois lui accordent la faculté de faire décerner un titre, sans frais et sans perte de temps, lequel est exécutoire provisoirement, mais à charge d'opposition par les débiteurs; c'est ce que l'on appelle *contrainte administrative*. Ces contraintes sont autorisées à l'égard de tous ceux qui ont fait des marchés de fournitures avec un ministre quelconque. V. L. 12 vendémiaire et 13 frimaire an VIII; arrêté du gouvernement du 18 ventôse an VIII. Ces mêmes contraintes sont autorisées pour le recouvrement de ce qui peut être dû par toute espèce de comptables de deniers publics.

Tous les impôts publics, quelle que soit leur dénomination, contributions directes, contributions indirectes, droits de douanes, prix de coupes de bois, revenus et droits échus, tout peut être recouvré à l'aide de contraintes.

Ce mode de recouvrement, qui autrefois n'avait lieu que dans l'intérêt de l'État, a paru si avantageux que des lois modernes l'ont étendu successivement, d'abord à des fonctions de l'État, puis à de simples corporations ayant le caractère d'établissements d'utilité publique. Ainsi, l'article 63 de la loi du 18 juillet 1837 en a fait application aux communes en ces termes : « *Toutes les recettes communales* pour lesquelles les lois et règle-
» ments n'ont pas prescrit un mode spécial de recouvrement,
» s'effectuent sur des états dressés par le maire. Ces états *sont*
» *exécutoires* après qu'ils ont été visés par le sous-préfet. Les
» oppositions, lorsque la matière est de la compétence des
» tribunaux ordinaires, sont jugées comme affaires som-
» maires.... »

Voilà un texte, aussi large et aussi étendu que possible, qui embrasse *toutes les recettes* et toutes les créances des communes, et qui dispense celles-ci de faire les frais et de subir les lenteurs des instances judiciaires pour obtenir un titre exécutoire contre leurs débiteurs.

Pareil avantage a été accordé aux départements par la loi du 10 mai 1838, article 22, qui porte : « Le comptable est chargé » du recouvrement des *ressources éventuelles*, et tenu de faire, » sous sa responsabilité, toutes les diligences nécessaires pour » la rentrée de ses produits. — Les rôles et *états de produits sont » rendus exécutoires par le préfet*, et par lui remis au compta- » ble. — Les oppositions, lorsque la matière est de la compé- » tence des tribunaux ordinaires, sont jugées comme affaires » sommaires. »

Ce texte est, en quelque sorte, calqué sur la loi communale votée l'année précédente ; et il est clair qu'on ne pouvait refuser aux départements, dont la personnalité était si fortement constituée par la loi de 1838, et dont l'importance est plus grande que celle des communes, ce que l'on venait d'accorder à celles-ci.

La loi du 7 août 1851 sur les hospices et hôpitaux est allée plus loin dans cette voie, en étendant à ces simples établissements publics ce qui, jusque-là, n'était admis que pour l'État entier ou pour ses démembrements ; l'article 13 de cette loi dispose que : « Les recettes des établissements hospitaliers pour » lesquels les lois et règlements n'ont pas prescrit un mode spé » cial de recouvrement, s'effectuent sur des états dressés par le » maire, sur la proposition de la commission administrative. » *Ces états sont exécutoires* après qu'ils ont été visés par le sous- » préfet. Les oppositions, lorsque la matière est de la compé- » tence des tribunaux ordinaires, sont jugées comme affaires » sommaires... »

On voit par là que, à l'imitation de ce qui existait depuis une époque très-reculée pour l'État, les communes, les départements et les hospices, ont aujourd'hui le droit d'opérer tous leurs recouvrements par le moyen de simples contraintes administratives, qu'ils obtiennent sans frais et sans retard. Il fau avouer qu'il serait singulièrement anormal que l'État fût traité moins avantageusement que ces corporations ou établissements publics, auxquels il a bien voulu étendre un privilége qui n'était fait, à son origine, que pour lui. C'est cependant le résultat bizarre auquel conduit forcément la solution adoptée par le Conseil d'État dans son arrêt du 18 août 1856.

Quels sont les motifs qui ont déterminé le Conseil ? Les voici : « Considérant que les lois et décrets ci-dessus visés ont conféré

» au ministre des finances le droit de poursuivre, par voie de » contrainte, le recouvrement des débets des comptables, en- » trepreneurs, fournisseurs, soumissionnaires et agents quel- » conques du trésor public, de leurs caissiers et préposés, et » généralement de tous détenteurs et détentionnaires de deniers » publics; que la dette dont le payement est demandé aux sieurs » Mauprivez père et fils, et qui aurait pour cause l'admission et » le séjour du sieur Mauprivez fils à l'école vétérinaire d'Alfort, » pendant les années 1840 et 1841, n'appartient à aucune de » ces classes de débets; que, par suite, c'est à tort que notre » ministre des finances a agi, par voie de contrainte administra- » tive, à l'égard des sieurs Mauprivez père et fils... »

L'arrêtiste ajoute : « M. le commissaire du gouvernement a » fait remarquer que la *contrainte administrative* était une *voie* » *exceptionnelle,* à laquelle l'administration ne peut recourir » sans y être autorisée par un texte de loi, *et qu'aucun texte* » *n'autorise la voie de la contrainte dans le cas dont il s'agit.* »

Les motifs donnés par le Conseil nous paraissent exacts, en ce sens que les lois citées n'autorisent pas la voie de contrainte pour l'espèce qui lui était soumise.

En est-il de même des observations de M. le commissaire du gouvernement? Il est, au moins, permis d'en douter. On vient de voir que, dans l'état de la législation, la contrainte administrative n'est pas du tout *une voie exceptionnelle de recouvrement*, et que, loin de là, c'est le mode normal, régulier, accordé, non pas seulement à l'État, mais aux départements, aux communes et aux simples hospices. Quand on veut connaître le droit administratif, il faut mettre de côté les idées puisées dans l'étude et la pratique du droit civil, idées qui font considérer comme seules règles véritables celles qui sont observées entre créanciers et débiteurs *privés*. Le droit administratif a ses règles, ses principes et *ses textes*, que si peu de gens connaissent et que tant de gens se mêlent d'appliquer.

Est-il vrai qu'il existe une aussi immense lacune dans nos lois que celle qui obligerait l'État à poursuivre devant les tribunaux le recouvrement du prix de pensions des élèves des lycées et de toutes les écoles spéciales? S'il en était ainsi, l'État n'aurait pas l'avantage qu'il a donné, non-seulement aux départements, aux communes et aux hospices, mais aux simples instituteurs communaux. En effet, suivant l'article 41 de la loi du

15 mars 1850, « la rétribution scolaire est perçue dans la même » forme que les contributions publiques directes... »

Je ne crois pas que cette lacune existe, et je pense que l'État peut toujours poursuivre le recouvrement de toutes ses créances par voie de contrainte administrative. Il s'agit de découvrir les textes qui autorisent ce mode de recouvrement pour la pension des élèves des lycées, puis de ceux des écoles spéciales.

La loi des 19 août-12 septembre 1791, relative *à la régie des domaines nationaux corporels et incorporels*, contient la disposition suivante :

« Art. 4. Tous les revenus des domaines nationaux, de même » que le prix du rachat des droits incorporels, qui ne seront » pas rentrés à l'époque du présent décret, ne pourront être » payés qu'entre les mains des préposés de la régie : ils seront » tenus de poursuivre le payement *de tous les revenus et droits* » *échus*, ainsi que du prix des adjudications des bois, aux ter- » mes convenus pour lesdites adjudications. En cas de retard de » la part des débiteurs ou adjudicataires, le directeur de la ré- » gie *décernera des contraintes*, qui seront visées par le prési- » dent du tribunal de district de la situation des biens, sur la » représentation du titre obligatoire du débiteur, et mises à » exécution sans autre formalité. »

Ce texte est extrêmement large; il embrasse *tous les revenus et droits échus;* il s'applique aux domaines corporels *et incorporels* de l'État. La difficulté est de savoir s'il peut s'appliquer au prix de pension des élèves des lycées. Pour la négative, on peut dire que la loi du 12 septembre 1791 ne s'occupe que des droits confiés à l'administration des domaines et de l'enregistrement, et que le prix des pensions des lycées ne rentre point dans cette catégorie.

Cette objection ne me semble pas péremptoire. Les attributions de cette branche d'administration sont très-étendues; le domaine de l'État corporel *et incorporel* est infini; les matières spéciales confiées à cette agence des domaines ont varié très-fréquemment depuis 1791; il a suffi plusieurs fois d'un acte du gouvernement pour opérer ces changements; c'est là un objet d'administration intérieure, qui me semble rentrer dans les attributions de sa puissance exécutive, et qui n'exige point l'intervention du législateur. Il importe peu, en effet, aux contribuables ou autres débiteurs de l'État qu'ils versent ce qu'ils

doivent entre les mains des préposés de telle branche d'administrateurs plutôt qu'en celles de tels autres. En réalité, il n'y a qu'un seul trésor public, et toutes les sommes à lui dues affluent à ce centre unique.

Un décret du 1er juillet 1809, spécial aux lycées, et qui a force de loi, contient la disposition suivante : Article 11. « Dans » le cas où la pension d'un élève qui n'est pas à la bourse en- » tière ne serait point payée par les parents, après soumission » par eux faite de l'acquitter, le proviseur prendra toutes les » mesures convenables, même les voies judiciaires, pour en » procurer le payement ; à l'effet de quoi il s'adressera au pro- » cureur impérial pour qu'il suive sans frais à la chambre du » conseil, *comme pour les affaires du domaine.* » Quel est le sens de cet article? Veut-il dire que le procureur impérial aura l'action directe et sera tenu de procéder par voie d'action devant le tribunal? Cela serait contraire au principe fondamental de l'institution du ministère public, principe formulé en ces termes par l'article 2 de la loi des 16-24 août 1790, tit. VIII : « *Au civil*, les commissaires du roi exerceront leur ministère, » *non par voie d'action*, mais seulement *par celle de réquisition*, » dans les procès dont les juges auront été saisis. » Le représentant de l'État devant les tribunaux, c'est le préfet, lorsqu'il s'agit de domaines et de droits domaniaux (Code de proc., art. 69, n° 1). L'introduction des instances a lieu à la requête du préfet, poursuites et diligences du directeur des domaines. V. arrêté ministériel du 3 juillet 1834, article 6, et ordonnance du 6 mai 1838. Le procureur impérial est *l'avocat* de l'État et du domaine. V. arrêté du gouvernement du 10 thermidor an IV. C'est pour cela que, d'après la jurisprudence, le procureur impérial peut dispenser l'État de constituer un avoué et qu'il n'a pas besoin d'avocat.

D'après cela, quel est le sens véritable de l'article 11 du décret du 1er juillet 1809? Il me semble que ce texte signifie que, *comme pour les affaires du domaine*, le directeur doit décerner une contrainte contre les parents qui doivent la pension des élèves des lycées, et cela en vertu de la loi du 12 septembre 1791, art. 4; et si les débiteurs forment opposition à la contrainte, l'affaire sera portée devant les tribunaux et jugée *comme pour les affaires du domaine.* Loin de voir là une exception à la règle ordinaire sur les contraintes administratives, je n'y vois

qu'une application de ce qui, pour moi, est un principe fondamental et non *une voie exceptionnelle* en matière administrative.

Si cette procédure est légale et régulière lorsqu'il s'agit de faire payer le prix de la pension des élèves des lycées, je ne verrais aucune difficulté à l'appliquer au payement du prix de la pension des élèves de toutes les écoles spéciales entretenues aux frais de l'État. D'où la conséquence qu'il n'existerait point de lacune à la règle qui autorise l'État à agir par voie de contrainte administrative contre ses débiteurs. Toute personne qui n'est pas étrangère à la pratique des affaires administratives et judiciaires sentira aisément quel immense avantage cette solution procurerait à l'État si elle était admise dans l'application. Dans le cas contraire, il n'y aurait point à hésiter de la part du gouvernement à proposer une mesure législative pour combler cette lacune, à supposer qu'elle existât.

§ 2. Un autre arrêt du Conseil d'État, qui a eu un grand retentissement, est celui du 4 septembre 1856 (*section de Parilly*). Avant qu'il eût été imprimé dans le *Recueil des arrêts du Conseil*, nos journaux des départements l'avaient signalé aux habitants des campagnes comme interdisant d'une manière absolue le bail à ferme des biens ruraux appartenant aux sections de communes, et comme un obstacle au changement dans le mode de jouissance en nature de ces biens, lorsqu'ils sont abandonnés au pâturage des bestiaux des habitants de ces sections.

Cet arrêt, s'il fait jurisprudence dans l'avenir, apportera une extrême perturbation dans l'administration des communes et sera une cause permanente qui s'opposera à la fusion des sections avec les communes dont elles font partie. Avant d'examiner si cet arrêt est conforme aux dispositions de la loi, il est nécessaire d'en rapporter les motifs :

« Considérant qu'aux termes des articles 5 et 6 de la loi du » 18 juillet 1837, des sections de commune réunies à une autre » commune conservent la propriété de tous les biens qui leur » appartiennent exclusivement, et la jouissance exclusive des » biens dont les fruits étaient perçus en nature au moment de » leur réunion à la commune dont elles font partie; que si, d'a- » près les dispositions des articles 17 et 18 de la même loi, » les conseils municipaux ont le droit, sous le contrôle de l'au- » torité supérieure, de régler le mode de jouissance des biens

» communaux appartenant soit aux communes, soit aux sections » de commune, l'exercice de ce pouvoir ne peut aller jusqu'à » transférer à la commune entière la jouissance qui, dans le cas » prévu par l'article 5 de la même loi, est réservée exclusive- » ment à la section ;

» Considérant que le conseil municipal de la commune de » Chinon, par une délibération du 27 décembre 1855, en se » fondant sur ce que la section de Parilly doit contribuer à l'ac- » quittement des dettes et charges dont la commune est grevée, » a décidé qu'une partie des communaux qu'elle reconnaît être » la propriété de la section de Parilly et dont les habitants de » cette section jouissaient exclusivement en nature avant leur » réunion à la commune de Chinon, seraient affermés pour six » ans; qu'à la suite de cette délibération, le préfet d'Indre-et- » Loire, par son arrêté ci-dessus visé, du 6 mars 1856, a auto- » risé le maire de Chinon à procéder à l'adjudication de la mise en » ferme de ses biens, et a décidé que le produit de ces fermages » serait versé dans la caisse municipale et affecté au payement » des charges et dettes de la commune; que, par les disposi- » tions précitées, le conseil municipal et le préfet ont méconnu » les droits de la section de Parilly, et qu'ils ont, dès lors, » excédé la limite de leurs pouvoirs. »

Cet arrêt est le renversement de la pratique constamment suivie par l'administration dans ces matières. Cette pratique est confirmée par le *Bulletin officiel du ministère de l'intérieur;* voici ce qu'on y lit, année 1840, page 156 : « Le conseil muni- » cipal peut-il, si une commune a besoin de s'imposer de grands » sacrifices pour faire face à quelques dépenses d'une urgente » nécessité, telles que celles d'une maison d'école, de la re- » construction de l'église, etc., délibérer que les biens commu- » naux en nature de pâturages, dont les habitants d'une section » jouissent isolément, seront affermés aux enchères, au profit » de la caisse communale, ou distribués par lots entre les habi- » tants de la section pour qu'ils en jouissent individuellement, » moyennant redevance, quoique les habitants de la section » demandent le maintien de l'ancien état de choses? — Oui, le » conseil municipal a cette faculté pour l'amodiation, sauf tou- » jours à observer une juste proportion dans les charges de cha- » que section. Mais il ne peut contraindre les habitants à subir » un allotissement moyennant redevance, ce dernier mode de

» jouissance supposant toujours l'adhésion des parties pre-
» nantes. »

Cette réponse, qui formait la jurisprudence du ministère de l'intérieur, m'avait paru jusqu'ici d'une extrême sagesse, et je l'avais vue suivie dans la pratique sans difficulté. L'arrêt cité change tout cela. Est-ce avec raison? Je ne le pense pas.

Le premier motif sur lequel il se fonde est tiré de l'article 5 de la loi du 18 juillet 1839, suivant lequel : « Les habitants de » la commune réunie à une autre commune conserveront la » jouissance *exclusive* des biens dont les fruits étaient perçus en » nature. » Voici comment M. Vivien, dans le rapport si remarquable fait par lui au nom de la commission de la chambre des députés, a expliqué cette disposition : « Cette jouissance a un » caractère spécial; elle profite aux habitants personnellement » et individuellement, et non point à l'être collectif et moral » qui forme la commune; les habitants ont un droit direct et » exclusif aux fruits qu'ils percevaient précédemment. — Quant » aux biens qui rapportent un revenu en argent, tels que des » fermes, des fonds de terre, des rentes, leur produit entrera » au budget de la nouvelle commune, il contribuera à ses » charges; cette affectation constituera, si l'on peut ainsi s'ex- » primer, la dot de la section ou commune réunie. On aurait » pu lui conserver la jouissance exclusive de ces sortes de re- » venus, sans détruire tous les effets de la réunion; mais c'eût » été maintenir à jamais des intérêts et des droits distincts, » rendre nécessaires deux budgets, deux comptabilités, et pres- » que deux conseils municipaux. Quand la réunion est pro- » noncée, la loi doit s'attacher à effacer toutes les causes de » séparation : la réunion n'est avantageuse qu'autant que les di- » verses fractions réunies peuvent se fondre entièrement en- » semble, et établir une communauté définitive et complète. » V. *Moniteur* de 1836, p. 952, 2e col.

Il résulte bien du texte de la loi et des motifs donnés par la commission, que tant que les biens communaux sont abandonnés à la jouissance individuelle, ou, en d'autres termes, tant que *les fruits sont perçus en nature*, ces fruits appartiennent respectivement aux habitants des sections dont la réunion constitue l'être moral unique appelé commune. Est-ce à dire, pour cela, que ce mode de jouissance doive être maintenu à jamais et qu'il soit interdit aux sections de le changer, et de passer du

mode de jouissance en nature au mode de jouissance par bail à prix d'argent? Énoncer une pareille proposition, c'est la résoudre; il est évident qu'une section ne peut être enchaînée à perpétuité à un mode de jouissance qui peut devenir contraire à ses intérêts. Le bon sens, la raison, le texte formel des art. 17 et 18 de la loi du 18 juillet 1837, nous disent bien clairement qu'une commune peut changer le mode de jouissance de ses biens; ce serait tourner contre une commune ou section la protection dont la loi la couvre, à raison de son état de minorité, que de lui interdire tout changement dans le mode de jouissance de ses biens, et spécialement de l'empêcher de louer des biens qui précédemment étaient abandonnés au partage des bestiaux; ce serait perpétuer à jamais un mode de jouissance primitif et presque barbare.

On n'a jamais contesté cette faculté pour les communes composées d'une communauté ou association unique; le doute n'a jamais porté que sur les formes à suivre pour arriver à ce changement. Si cela est vrai d'une communauté unique, pourquoi en serait-il autrement d'une commune formée de deux sections? pourquoi chaque section n'aurait-elle pas un pouvoir qui appartient à la commune distincte? Il est bien clair que si chaque section avait un conseil municipal séparé, et que si ce conseil émettait la volonté formelle d'opérer ce changement, avec l'approbation de l'autorité supérieure, on ne verrait point d'inconvénient à ce que cette volonté pût produire ses effets. Supposons une commune composée de deux sections ayant des biens communaux séparés, et voulant chacune amodier ces biens dont leurs habitants respectifs jouissaient en nature, afin de créer des ressources pour payer des charges communes, telles que la construction d'une église, d'une maison d'école, d'une maison commune, pourquoi chaque section n'aurait-elle pas ce pouvoir, avec l'approbation de l'autorité supérieure? Or, ce que chaque section pourrait faire avec l'organe propre de sa volonté, si elle en avait un, elle doit pouvoir le faire avec l'organe qui lui est donné pour exprimer sa volonté, c'est-à-dire le conseil municipal unique, qui est le corps délibérant, le seul organe légal de ses volontés.

Ce qui, dans la pratique, fait naître des difficultés, c'est que cet organe *légal* unique, le conseil municipal exprime souvent, en fait, des volontés conformes à celles des habitants d'une

fraction de la commune et contraires à la volonté de l'autre fraction plus petite, qu'on appelle *Section*. S'attacher à cet inconvénient, c'est faire le procès à la loi, qui a établi des garanties contre cet abus possible; c'est vouloir détruire les effets de la réunion; c'est demander la création d'autant de conseils délibérants qu'il y a de sections ayant des biens propres, dans une réunion communale composée de plusieurs sections. Donc, légalement parlant, quand un conseil municipal a voté le changement de jouissance des biens d'une section, et que cette délibération est approuvée par l'autorité compétente, c'est comme si la section l'avait voté elle-même.

Le décret du 9 brumaire an XIII et l'avis du Conseil d'État du 29 mai 1808 avaient établi un mode de recours au Conseil d'État contre ces changements de mode de jouissance, qui peuvent léser les intérêts soit des habitants d'une commmune, soit des habitants d'une simple section. Mais il s'agit d'un recours purement administratif, comme je l'ai établi dans le *Supplément à mon traité de la compétence administrative*, page 115 à 121 : « Une section, disais-je, n'a pas un droit véritable à conserver » le mode de jouissance de ses biens communaux. Il peut se faire » que l'amodiation soit nécessaire et équitable, afin que la section contribue aux dépenses communales dans la même proportion que la commune principale. Si celle-ci amodie » elle-même ses pâturages pour créer des ressources à la communauté réunie, de quel droit la section voudrait-elle profiter » des avantages de l'association sans contribuer aux charges? » En pareille matière, il s'agit d'apprécier ce qu'il est convenable de régler pour arriver à une contribution aussi équitable que possible aux charges communes, en employant les » moyens les moins onéreux pour les membres des deux corps » réunis sous une même administration. L'article 18 de la loi du » 18 juillet 1837 ne suppose pas la matière contentieuse, puisqu'il investit le préfet seul du droit d'annuler ou de suspendre » la délibération qui règle un nouveau mode de jouissance des » biens communaux. Il s'agit ici d'un acte qui rentre dans la tutelle administrative, de même que dans le cas où l'opposition » vient des membres de la commune elle-même; car, dans la » réalité, la section réunie à la commune principale ne forme » toujours avec celle-ci qu'une seule et même société sous le » rapport du régime municipal. » V. *loc. cit.*, p. 120.

Ces réflexions, qui me semblaient justes en 1846, date de leur impression, me semblent encore aujourd'hui telles, nonobstant l'arrêt du Conseil du 4 septembre 1856.

La Cour de cassation elle-même s'est montrée plus administrative que le Conseil d'État sur ce point, en jugeant, le 25 avril 1855, que la vente ou *le bail* consentis par l'administration municipale de biens appartenant à une section de commune, avec les formalités prescrites pour les ventes et les baux de biens communaux, sont valables et obligatoires pour les sections. V. Sirey-Devill., 1855, 1. 637.

On dira peut-être : l'arrêt du Conseil du 4 septembre 1856 ne conteste pas la régularité du bail; il décide seulement que le conseil municipal et le préfet ont commis *un excès de pouvoirs* en procédant à ce bail et surtout en ordonnant que *le prix de fermages serait versé dans la caisse communale et affecté au payement des charges et dettes de la commune.*

Il est bien vrai qu'il y a deux points distincts dans les motifs de l'arrêt précité : le premier décide que le bail n'est pas valable, en ce que le conseil municipal *n'a pu aller jusqu'à transférer à la commune entière la jouissance qui, dans le cas prévu par l'article* 5 *de la loi de* 1837, *est réservée à la section.* Évidemment ces expressions n'ont point de sens, ou elles signifient que le conseil municipal n'a pu, avec l'approbation de l'autorité supérieure, donner à bail des biens de la section dont les habitants de celles-ci percevaient les fruits en nature. Or, d'après tout ce que j'ai dit précédemment, il me semble que c'est là une erreur manifeste et une très-fausse application de l'article 5 de la loi citée.

Le second point résolu par les motifs de l'arrêt du 4 septembre 1856 est que le conseil municipal et le préfet ont commis un excès de pouvoir en disant que le prix de fermages serait versé dans la caisse communale. Ici encore, je ne puis adhérer à ce motif donné. — Il n'y a qu'une caisse unique pour les différentes sections dépendant d'une même commune, et, dès lors, le prix des fermages des biens de chaque section ne peut être versé ailleurs que dans cette caisse unique.

Reste cette phrase de la délibération municipale approuvée par le préfet : *Et sera affecté au payement des charges et dettes de la commune.* C'est là vraiment, selon moi, le seul point qui pût donner sérieusement lieu à la question de savoir s'il y avait

ou non excès de pouvoirs de la part du conseil municipal et du préfet. J'avoue que j'éprouve des doutes sur ce point. Si le conseil municipal avait retranché ces mots de sa délibération, il n'y aurait eu, selon moi, aucune difficulté à rejeter le recours de la section de Parilly; et, au fond, les résultats eussent été les mêmes : car, comme il y a une caisse municipale unique, le prix des fermages, une fois entré dans cette caisse, en serait sorti pour les besoins de la commune en corps, et la section n'aurait pas eu de droit de suite sur ces deniers. Est-ce le cas d'invoquer la maxime *expressa nocent, non expressa non nocent?* J'incline vers la négative : il ne s'agit pas ici d'un prix de vente, mais de simples fermages; s'il s'agissait d'un prix de vente, je comprends qu'il y aurait excès de pouvoir à dire qu'il servira à payer les charges et dettes de la commune; mais il me semble qu'il doit en être autrement des fermages. Ces fermages ne sont que des fruits, et si les fruits perçus en nature appartenaient aux habitants individuels de la section, on aurait tort d'en induire qu'il en doit être de même des fermages. Donner à la section un droit de suite sur de simples fermages, *ce serait maintenir à jamais des intérêts et des droits distincts, rendre nécessaire deux budgets, deux comptabilités, et presque deux conseils municipaux. Quand la réunion est prononcée, la loi doit s'attacher à effacer toutes les causes de séparation : la réunion n'est avantageuse qu'autant que ses diverses fractions réunies peuvent se fondre entièrement ensemble, et établir une communauté définitive et complète.* V. *suprà* le rapport de M. Vivien.

Je terminerai cette discussion par un passage du rapport de M. Ad. Vuitry au Conseil d'État, sur le projet de loi relatif à *l'administration intérieure*, livre Ier, *des communes*, soumis au Corps législatif en 1850, et qui prouve que, dans tous les temps, l'esprit des législateurs a été d'amener cette fusion si désirable entre les sections d'une même commune, et d'éloigner les causes de dissentiment auxquelles la récente décision du Conseil d'État actuel ouvre une si large porte : « La loi de 1837, » qui reconnaissait les droits de propriété des sections de com- » mune, et attribuait à leurs habitants la jouissance exclusive » des biens dont les fruits étaient perçus en nature, ne conte- » nait aucune disposition qui en réglât l'administration. Le » maire et le conseil municipal étaient donc chargés de la ges- » tion des biens des sections, *comme de celle des biens de la com-*

» *mune entière*. C'était à l'administration supérieure qu'il ap-
» partenait de veiller à ce que les intérêts des sections ne
» fussent pas sacrifiés; elle en avait le pouvoir, puisque les
» actes de vente sont toujours soumis à son approbation, et que
» si le mode d'administration, *les baux, le mode de jouissance*
» et la répartition des pâturages et fruits sont réglés par les con-
» seils municipaux, leurs délibérations peuvent cependant être
» annulées par le préfet sur la réclamation de toute partie in-
» téressée. On s'est demandé si cet état de choses était suffi-
» sant; s'il ne fallait pas accorder aux sections des garanties
» plus efficaces, les faire représenter par des commissions syn-
» dicales toutes les fois qu'il s'agit de l'administration de leurs
» biens; *réserver même à leurs besoins spéciaux les biens dont*
» *les fruits ne sont pas perçus en nature*.

» Mais quel serait le résultat de ces dispositions nouvelles?
» Elles permettraient tout au plus aux sections de défendre, *par*
» *la voie contentieuse*, des intérêts que l'action *purement admi-*
» *nistrative* des préfets suffit pour protéger et sauvegarder. *Elles*
» *auraient l'inconvénient de faire naître entre les communes et*
» *leurs sections des causes permanentes et perpétuelles de division*,
» *d'exciter des procès longs et dispendieux*. » V. *Moniteur* du 24 décembre 1850, *Supplément* B, p. 7, col. 3. Ce passage confirme tout ce qui a été dit plus haut.

Ce que le Conseil d'État n'a pas voulu faire par voie législative en 1850, le nouveau Conseil vient de l'opérer par voie de décision contentieuse; il vient d'ouvrir la porte aux divisions des sections et des communes, et d'exciter entre elles des procès longs et dispendieux. Espérons que sa sagesse saura fermer cette porte avant qu'elle ne soit devenue trop fréquentée.

SERRIGNY.

ÉTUDE SUR L'ARTICLE 747 DU CODE NAPOLÉON.

Par M. COIN-DELISLE, avocat à la Cour impériale de Paris.

(*Suite*[1].)

Fin du § III.

SOMMAIRE.

38. Première conséquence du principe qu'il faut que l'ascendant soit donateur pour exercer le retour. La donation faite par l'aïeul ne profite pas au père, si l'aïeul survit au petit-fils donataire.
39. Deuxième conséquence. Le père ne peut exercer le retour de la donation faite par l'aïeul au petit-fils, malgré le prédécès de l'aïeul au petit-fils.
40. L'aïeul ne peut reprendre dans la succession de son arrière-petit-fils la chose donnée à son petit-fils, ni le père donateur, dans la succession de son petit-fils, la chose par lui donnée à son fils.
41. Raisons de l'opinion contraire.
42. Elle est repoussée par la jurisprudence et par les auteurs.
43. Raisons de cette jurisprudence.

38. Pour exercer le retour de l'article 747, il faut non-seulement être ascendant légitime, mais encore, comme nous l'avons dit n° 2, il faut être donateur de la chose qu'on reprend dans la succession du descendant. Le texte y est précis « *succèdent aux choses* PAR EUX DONNÉES. » Le bénéfice de la loi n'appartient qu'aux ascendants qui sont donateurs.

Et de là cette *première conséquence*, que si l'aïeul paternel a fait une donation à son petit-fils, et que celui-ci vienne à mourir sans postérité avant son père et son grand-père, l'aïeul seul succédera à la chose par lui donnée. (CHABOT, *n°* 3; M. DURANTON, *t. VI, n°* 204, 1°; DELAPORTE, *Pand. franç., n°* 137 *sur l'article.*)

C'était une difficulté sous l'ancien droit coutumier, où de la circonstance que la succession de retour ne s'appliquait qu'aux propres, Duplessis concluait que le père, étant le plus prochain dans la ligne ascendante, devait recueillir les biens donnés par l'aïeul encore vivant; Merlin était du même avis (mot *Réversion, sect.* 2, § 2, art. 3, n° 3). Pothier et Lebrun se décidaient, au contraire, par le texte de l'article 313 qui déférait la succession au donateur préférablement à tous autres parents, sans distinguer si ce donateur était le plus proche en degré ou non.

[1] V. t. X, p. 208 et suiv.

Quoique nous n'ayons plus de propres de succession, la question aurait pu se renouveler sous le droit nouveau, parce que, quoi qu'en ait dit M. Chabot, la loi considère dans cet article 747 l'origine des biens pour en régler la succession, bien qu'elle n'en considère pas la nature; mais les rédacteurs du Code ont prévenu cette question par les mots « succèdent *à l'exclusion de tous autres*, » ce qui exclut absolument la prétention du degré le plus rapproché.

39. *Seconde conséquence.* Si l'aïeul donateur meurt avant le petit-fils donataire, le retour légal s'éteint avec l'aïeul, et le père, fils du donateur, le réclamerait vainement dans la succession de son fils mort depuis sans postérité.

Cette solution est sans difficulté, mais il est bon d'en remarquer les raisons fondamentales. D'un côté, l'article 747 est une exception au principe de l'article 732 que la loi ne considère pas l'origine des biens pour en régler la succession, d'où il suit qu'il n'est pas permis de transporter au fils du donateur ce qui n'a été textuellement accordé qu'au donateur; et d'un autre côté, l'article 951 ayant restreint le retour conventionnel à la seule personne du donateur, dans la vue économique de ne pas laisser trop longtemps les biens dans l'indécision, il était conséquent dans la même vue de ne pas laisser le retour légal à la génération qui suivait le donateur.

40. *Troisième conséquence.* Quand le donataire meurt pendant la vie de l'ascendant en laissant des enfants, le droit de retour légal est éteint et ne revivrait pas, même si les enfants du donataire venaient à mourir sans postérité avant l'ascendant donateur de leur père.

Cette proposition a été vivement contestée et l'est encore, quoique la jurisprudence l'ait consacrée.

41. Pour accorder le retour légal à l'ascendant, même quand les biens ont passé par succession aux mains des enfants du donataire et venant à mourir avant l'ascendant donateur, on dit qu'en pays coutumier il était de maxime que l'ascendant donateur ne perdait son droit aux choses données que lorsqu'à sa mort il existait encore des descendants du donataire (Pothier, in-12, p. 234, *Successions*, ch. 2, sect. 2, art. 3, § 2), et que cependant l'article 313 de la coutume de Paris portait à peu près comme le Code, « succèdent aux choses par eux données » à leurs enfants décédant sans enfants et descendants d'eux. »

La lettre du Code fût-elle contraire, ajoute-t-on, l'article 747 est tiré de la coutume, et doit être interprété dans le même esprit d'équité, et de plus les analogies tirées des articles 951 et 352 prouvent que le Code Napoléon a trouvé équitable d'étendre le droit de retour au cas du décès de la postérité du donataire prédécédé. Un ascendant qui a perdu un enfant et les descendants de celui-ci est encore plus malheureux et plus digne de secours que celui qui n'a vu disparaître que le donataire. D'ailleurs, dans l'intention du donateur, il avait donné pour l'enfant et pour sa postérité; les petits-enfants étaient donc devenus donataires, sinon directement, du moins par transmission. Tel est, en abrégé, le système de M. de Maleville, t. II, p. 217; de Delaporte, *Pand. franç.*; de Delvincourt, t. II, p. 40; de M. Vazeille, n° 19, et ce serait celui de M. Toullier lui-même, n° 243, s'il ne s'était rendu devant l'autorité d'un arrêt de la Cour de cassation.

42. Mais la jurisprudence décide avec raison que l'ascendant a perdu le droit au retour légal quand le donataire a laissé des enfants à son décès. C'est l'opinion des commentateurs le plus estimés (M. Chabot, n° 12, dont il faut nécessairement lire la dissertation; Grenier, *Donations*, n° 598, 6°, et la *note* de M. Bayle-Mouillard; M. Duranton, n° 216; Marcadé, n° 4, etc. V. aussi les arrêts suivants : *Rejet*, 18 août 1818, 30 nov. 1819, 20 mars 1850); et M. Demolombe adopte cette opinion (*Successions*, n° 512).

43. En effet, peu importe l'ancienne jurisprudence; car si elle permettait à l'ascendant de reprendre les biens dans la succession des enfants du donataire, c'était une faveur due aux propres, afin que, rentrant dans les mains de l'ascendant, ils se répandissent à son décès, soit sur toutes les branches subordonnées, soit sur ses autres descendants. Or cette raison n'existe plus aujourd'hui que nous n'avons plus de propres de succession; et les considérations particulières doivent céder devant ce principe que l'ordre des successions ne peut être réglé que par la loi, c'est-à-dire par son texte même. Or si les successions sont de droit naturel, leur délation est arbitrairement fixée par le droit civil; et la simple lecture de l'article 747 suffit pour reconnaître que c'est dans la succession du donataire *décédé sans postérité* que l'ascendant peut seulement réclamer les choses données. Quand elles ont une fois passé aux

mains des enfants, elles ont cessé d'être choses données et sont devenues le patrimoine de l'héritier. D'ailleurs, puisque le retour d'ascendant s'opère à titre de succession, et que la présence des enfants du donataire est un obstacle à ce que les ascendants les recueillent, il est logiquement certain que l'ascendant est désormais sans droit, puisqu'il n'a pas qualité pour succéder au jour de l'ouverture de la succession du donataire, et qu'ainsi il n'a pas la saisine de la chose ni de l'hérédité partiaire. Ce sont les enfants du donataire qui ont été saisis de plein droit des choses autrefois données, à titre d'héritiers légitimes de leur père (art. 724).

Peu importe l'article 951; tout ce qui en résulte, c'est que le Code a conféré au donateur le droit de stipuler le retour en cas de prédécès du donataire et de ses enfants. Or en conférant à l'ascendant, comme à tous autres donateurs, le droit de faire une pareille stipulation s'il la juge convenable, la loi n'a pas entendu que ce qu'elle permettait de stipuler par convention contrairement à l'irrévocabilité des donations, pût être étendu au retour légal, qui n'est pas l'effet d'une convention.

Peu importe l'article 352 en matière d'adoption. Dans l'article 747, les biens ne sortent pas de la famille, même quand ils passent à des collatéraux; dans l'article 352 il s'agit, après la mort de l'adopté et de ses enfants, d'empêcher les biens venus de l'adoptant de passer aux mains d'une famille *étrangère :* ainsi la loi, pour ne pas enrichir une famille étrangère à l'adoptant, a pu donner à celui-ci un droit de succession spéciale et partiaire dans la succession générale de l'enfant de l'adopté sans qu'on puisse en conclure un droit pareil en faveur de l'ascendant légitime.

Inutile de réfuter le système de donation aux enfants du donataire opérée par transmission héréditaire : c'est ingénieux, mais contraire au principe que les successions effacent l'origine des biens. La loi y a fait une exception textuelle, quand elle a permis au père donateur de succéder à ces biens dans la succession du donataire; elle n'en a pas fait une seconde pour l'appeler à ces biens dans la succession des descendants du donataire. Il n'appartient ni aux tribunaux ni aux jurisconsultes de créer cette seconde exception.

§ IV. — Que le retour de l'article 747 s'opère à titre de succession, et conséquences principales.

SOMMAIRE.

44. Le retour légal d'ascendant s'opère à titre de succession. Preuves tirées de l'histoire, de la classification du Code civil, de ses termes et d'une observation de M. Tronchet sur l'article 951.— Le nom de *retour légal* n'est pas écrit dans la loi, *à la note*.
45. M. Maleville seul dissident. Réfutation.
46. Confirmation. Il ne faut pas mêler au droit de succession une idée de réversion pour la faire refléter sur l'application de la loi aux diverses espèces.— Examen d'un passage de Ferrière dont l'union qu'en a faite M. Merlin avec un passage de Lebrun pourrait altérer le sens, *à la note*.
47. Efforts des auteurs anciens et modernes pour qualifier cette sorte de succession.
48. Utilité et dangers de ces dénominations.
49. Suite.
50. La succession de retour est le droit de succéder à une fraction physique de l'universalité. Elle ne forme pas une seconde succession; ce n'est qu'une fraction dans l'universalité.
51. Opinion de Zachariæ qui refuse à l'ascendant donateur, qui n'est pas en ordre pour venir à la succession ordinaire, la qualité d'héritier et la saisine légale.
52. Opinion de MM. Chabot, Vazeille, Zachariæ et de ses traducteurs, Demante et Demolombe, qui regarde les deux successions comme tellement divisibles, qu'on peut renoncer à la succession ordinaire pour n'accepter que la succession de retour.
53. Division de ces deux difficultés en deux sections différentes.

SECTION Ire du § 4. — Si l'ascendant donateur qui n'a droit qu'au retour légal est héritier légitime et jouit de la saisine légale.

54. Proposition.
55. Analogie du retour à l'adoptant avec le retour d'ascendant.
56. Caractère contraire de l'article 766.
57. L'article 747 est fondé sur le lien de parenté.
58. On peut être héritier, même sans être appelé à la totalité des biens.
59. La saisine de l'ascendant donateur s'étend à tous les biens en général, en tant qu'elle est nécessaire à dégager la chose dont il hérite. Il est, en ce sens, partie nécessaire à l'inventaire, au recouvrement de l'actif et à la contestation des charges de la succession.
60. Autres conséquences. L'ascendant doit avoir la capacité active. Son droit passe à ses héritiers, s'il meurt avant d'avoir accepté; ses créanciers peuvent s'en saisir en cas de renonciation en fraude de leurs droits.
61. Le bénéfice d'inventaire est nécessaire pour que l'ascendant donateur ne soit pas tenu *ultra vires*.
62. Impossibilité et inutilité des renonciations au retour légal.
63. La renonciation de l'ascendant à son droit de retour profite aux héritiers ordinaires par *dévolution*. Dissentiment avec la doctrine.
64. Les simples renonciations n'entraînent pas de droits de mutation.

65. L'acceptation entraîne le payement des droits de mutation en ligne directe.
66. Différence en ce point du retour légal et du retour conventionnel.

SECTION II DU § 4. — L'ascendant donateur appelé en même temps à la succession de retour et à la succession ordinaire, peut-il répudier la succession ordinaire pour s'en tenir à la succession de retour?

67. Renvoi aux nos 52 et 53 pour l'indication des auteurs modernes qui décident la question par l'affirmative. — Opinion semblable de M. Merlin sous l'ancien droit. Analyse de ses moyens.
68. Raisons de défiance contre l'opinion de M. Merlin.
69. Question de fait. M. Merlin a-t-il bien entendu l'opinion de Ferrière?
70. Ferrière n'a pas traité la question, et M. Merlin le suppose de son avis sur deux phrases qui ne peuvent être prises que dans un sens figuré ou restreint.
71. Opinion de Duplessis pour la négative. Remarque sur la citation qu'en a faite M. Merlin.
72. Que l'arrêt du parlement de Bretagne du 28 juillet 1744 cité par M. Merlin est étranger à la question.
73. Prétention générale de M. Merlin qu'en droit coutumier, on peut accepter une succession aux propres en répudiant la succession aux meubles. Renvoi au mot *Héritier* du *Répertoire*.
74. Réfutation. La dissertation que M. Merlin invoque prouve seulement que l'incompatibilité d'être héritier et légataire pouvait ne s'étendre pas toujours d'une coutume à une autre.
75. Il se fonde sur le principe : *Quot consuetudines, tot hereditates.*
76. Ce principe est inapplicable, puisque l'article 313 s'entend des propres situés sous la coutume même de Paris.
77. En droit romain, on ne pouvait acquérir une hérédité pour partie, sauf le cas de testament militaire.
78. Suivant Ricard et Godefroid, cette division n'empêchait pas l'hérédité d'être une à l'égard des créanciers.
79. Dans notre vieux droit français, les principes ont dû être différents. — Maxime de Loisel. — Caractère des propres. — Possibilité originaire de scission complète entre les propres et les acquêts. — Traces conservées de cette division.
80. Depuis longtemps la coutume de Paris les avait effacées. — Article 334 de la coutume. — La succession aux propres était une portion réelle des biens, un titre universel, soumis aux charges de l'entière universalité.
81. Conclusion sous la coutume de Paris : le père ne pouvait renoncer à la succession mobilière, pour s'en tenir au propre de retour. L'opinion de M. Merlin doit être rejetée.
82. Même conclusion sous le Code Napoléon.
83. Examen de la maxime que celui qui a deux droits peut exercer l'un et refuser l'autre.
84. Examen de l'objection tirée de l'intérêt d'affection.
85. Examen de l'objection tirée du cas où l'ascendant aurait une donation à rapporter ;
86. Et de celui où il aurait à réclamer un legs dans la succession du donataire.
87. Du cas de renonciation pour avantager un autre parent sans payer de droits.
88. Du cas d'acceptation avant un autre héritier qui renoncerait.

44. Nous venons d'examiner à quels ascendants l'article 747 du Code confère le retour légal. Avant d'aller plus loin, il faut déterminer à quel titre ce retour s'opère au profit de l'ascendant.

Il s'opère A TITRE DE SUCCESSION. Notre § 1er sur l'histoire de ce droit spécial a démontré que, sous la coutume de Paris et autres semblables, c'était à titre successif que les ascendants reprenaient les biens. Le Code civil a imité la coutume. Il a placé l'article 747 dans la loi *sur les successions* et dans la section *des successions déférées aux ascendants;* il a, comme la coutume, employé des termes propres à la matière des successions, *succèdent..... recueillent.* Ainsi, c'est bien le même droit de succession que sous la coutume, où « père et mère *succédaient* ès » choses par eux données. » — Rien ne le prouve mieux d'ailleurs (V. ci-dessus n° 20) que le retranchement opéré, sur les observations de Tronchet, dans l'article 951 sur le retour conventionnel, du paragraphe portant: *ce droit n'aura pas lieu sans stipulation, si ce n'est au profit des ascendants.* — « Prenez garde (car tel est le sens des paroles de ce jurisconsulte si profondément imbu du droit coutumier), prenez » garde : vous confondez deux droits de nature différente. Nous » sommes ici dans la matière des donations et des conventions » à titre gratuit. Si vous y parlez du retour légal, on voudra encore, comme l'ont fait autrefois quelques jurisconsultes, y » voir un droit mixte et amphibie : nous, rédacteurs du projet, » nous ne voulons même pas que les mots de *retour légal*[1] soient » écrits dans la loi. Le droit que nous accorderons aux ascendants *ne sera pas un droit de retour,* ce sera *un droit de successibité.* Le droit de retour n'existera que par la convention, » et le paragraphe que vous effacerez est non-seulement superflu, mais nuisible à l'intelligence du caractère que nous » voulons imprimer à ce que la pratique appelle retour ou réversion légale. »

45. Aussi presque tous les jurisconsultes ont-ils reconnu que les ascendants ne recueillent les biens par eux donnés qu'à titre successif (V. CHABOT, *n°* 16; TOULLIER, *n°* 235; Duranton, *n*os 202 *et suiv.*; DEMOLOMBE, *n°* 480).— M. de Maleville seul, t. II,

[1] Les mots *retour légal* et *retour conventionnel* sont une distinction scientifique. Gardons-nous toujours d'attacher trop d'importance aux divisions nominales, utiles pour les discussions, nuisibles dès qu'on veut les faire servir à étendre l'idée conçue par le législateur.

p. 220, dominé par le droit écrit, n'a vu dans cette expression « *succèdent* » que la reproduction d'un terme impropre emprunté à une coutume *inexacte* dans son langage! Nos aïeux parlaient-ils *inexactement* en 1580? Nous ne voulons pas examiner ce point purement philologique: mais le mot *succèdent* était certes placé dans l'article 747, non encore discuté, dans l'intention de créer un *droit de succession*, puisqu'un des rédacteurs du projet de Code civil le disait positivement avant qu'on ne le discutât, ce qui suffit pour prouver l'exactitude du mot et sa signification dans le Code civil, et le mot *succèdent* était tellement exact, pris dans son sens propre sous la coutume, que Pothier (*Successions, chap.* 2, *sect.* 2, *art.* 3, § 2) a blâmé Lalande d'avoir dit sur l'article 312 de la coutume d'Orléans « qu'en cas de con- » damnation capitale de l'enfant donataire, l'ascendant devait » être préféré au fisc pour les biens qu'il avait donnés, » car *ne succédant* à ces biens qu'*à titre d'héritier* de son fils, il ne pouvait pas y succéder, lorsque son fils, par sa condamnation, était devenu incapable d'avoir des héritiers (V. ci-dessus *n°* 13).

46. Tenons fermement à cette doctrine que c'est *un droit de succession* et RIEN *qu'un droit de succession*. Ne nous laissons point ébranler par des lueurs d'équité et par les principes de Lebrun, « *que ce droit est* MIXTE *et qu'il* PARTICIPE *du droit de réversion et du droit de succession.* » Disons avec M. Demolombe, n° 480 : « C'est un droit de succession que notre Code a établi, » *quoiqu'il* y ait été déterminé par suite d'une idée de réver- » sion. » Nous verrons pourtant dans la suite que cette idée de réversion a quelquefois dominé, dans les conséquences et les applications particulières, l'esprit de nos meilleurs jurisconsultes, souvent sous prétexte d'équité. Aussi ne devons-nous pas oublier qu'en matière de succession, comme dans toutes les matières du droit civil pur, c'est la loi seule qui doit être écoutée, et que la cause de la loi ne peut plus être interrogée, même pour décider les cas particuliers. Aussi Pothier (*Traité des propres, sect.* 1re, § 3, *art.* 2) a-t-il rudement repris Renusson de s'être arrêté à l'idée de réversion et d'avoir mal à propos refusé la qualité de propres dans la succession de l'ascendant aux héritages qu'il avait donnés à l'enfant auquel il succédait malgré la règle: « *Propres ne remontent pas.* » La raison de Renusson était que ces héritages retournent à l'ascendant plutôt *jure reversionis quam jure hereditario.* « En cela, Renusson se

» trompe. Le *droit de réversion* n'a lieu que dans le pays de droit » écrit, où il ne peut y avoir lieu à la question, n'y ayant point » de propres en pays de droit écrit. Quant aux pays coutu- » miers, IL EST FAUX que les héritages donnés par les ascendants » leur retournent à la mort de leur enfant, *jure reversionis*, ce » droit étant fondé *sur des principes inconnus* dans le droit cou- » tumier : c'est vraiment *à titre de succession* qu'ils leur retour- » nent. » — Si la succession de retour ne forme plus aujourd'hui de propres naissants dans la succession de l'enfant, c'est parce que nous n'avons plus de *propres* de succession; mais la doctrine de Pothier n'en est pas moins vraie. L'idée de *réversion* doit être bannie sévèrement dans l'application de la loi, parce que l'article 747 est basé sur le droit coutumier, et que les principes du droit de réversion étaient inconnus en pays coutumier, où l'on n'y voyait qu'un cas particulier de succession. Ce passage de Pothier, joint à l'observation de Tronchet sur l'article 951, nous semble fixer immuablement la nature du droit de retour légal sous le Code civil [1].

[1] En ai-je dit assez pour prouver qu'il ne faut en rien mélanger, dans l'application, les idées de la réversion avec les idées du droit de succession? Je le crois; et pourtant je crains que non, tant je m'aperçois que l'erreur s'infiltre dans tous les livres qui traitent de l'article 747. L'erreur vient principalement de ce que, dans une dissertation sur la question de savoir sous l'ancien droit si, dans l'ordre des ascendants, il faut être le plus prochain hoir habile à succéder pour exercer le droit de retour (*Répertoire*, mot *Réversion*, *sect.* 2, § 2, *art.* 3, *n°* 2), M. Merlin cite à l'appui de son opinion l'autorité de Ferrière, de manière à lui faire dire avec Lebrun que, sous la coutume, le droit de retour est mixte, et participe du droit de réversion et du droit de succession. C'est donc de M. Merlin, dont les travaux sont entre toutes les mains, et des passages de Ferrière et de Lebrun, que vient aujourd'hui cette opinion. Il est donc utile de les bien lire, et de savoir si Ferrière a dit, comme Lebrun, que le retour d'ascendant participe du droit de réversion; car il est fort douteux que M. Merlin ait eu l'intention de faire naître cette opinion, puisqu'à l'endroit même où se trouve une phrase de lui intermédiairement placée aux opinions de Duplessis et de Ferrière, la question à décider ne porte pas sur la réunion ou sur la séparation des deux idées de réversion et de succession.

Nos jeunes confrères ne sauraient croire avec quelles précautions il nous faut lire les anciens auteurs pour bien nous assurer de leur pensée : ces précautions arrêtent l'élan de leur esprit; mais j'aurai le courage de ne pas reculer devant l'ennui du lecteur. Ferrière se pose cette question sur l'article 313, dans le sommaire même du § 3 de la glose 1re : « *Le droit de retour s'exercera-t-il en suivant l'ordre des successions?* » — Que veut dire cette question? Elle signifie, maintenant que la réformation de 1580 a, dans l'article 313, écrit, « *Toutefois* (les père, mère, aïeul et aïeule) *succèdent ès choses par eux don-*

47. On a cherché par diverses dénominations à caractériser cette espèce de succession. Ferrière sur Paris, art. 313, gl. 1,

nées à leurs enfants décédant sans enfants et descendants d'eux, » faudra-t-il que le retour s'exerce par le plus prochain héritier de préférence au donateur qui n'est pas appelé à la succession ordinaire, ou le donateur pourra-t-il l'exercer, quoiqu'il n'ait pas d'autre titre héréditaire? Telle est la question que se pose Ferrière. C'est celle que nous avons indiquée ci-dessus, § 1er, n° 12 : L'aïeul ayant donné au petit-fils, est-ce au père ou à l'aïeul que reviendra l'immeuble donné? Tout un parti de jurisconsultes tenant à l'ancienne jurisprudence attribuait au père l'immeuble donné par l'aïeul, même après la réformation de la coutume. A leur tête il faut placer Ricard, suivant lequel « le retour étant déféré aux ascendants par droit de succession et par » une espèce d'affectation à la ligne d'où les biens sont venus, on y devait » observer l'ordre successif, et le bien donné devait appartenir à celui des » ascendants de la ligne qui se trouvait le plus proche du donataire dé» funt; par conséquent au père, à l'exclusion de l'aïeul donateur. » (*Donations*, 3e partie, n° 781.) Cette opinion demeura longtemps régnante au Châtelet, malgré la jurisprudence du parlement de Paris, puisqu'elle a été professée comme indubitable par Roussaud Lacombe et par Denisart, mot *Retour*, et par Bourjon, *édition de* 1770, p. 220. C'était, selon eux, la vocation à la succession ordinaire qui déférait la chose donnée même à celui qui ne l'avait pas donnée. Bourjon établit avec une clarté admirable les raisons spécieuses de ce faux système : « En effet, tel immeuble était propre ou ac» quêt à l'aïeul donateur : au premier cas le père du donateur est de la ligne; » au second cas, il devient propre naissant au petit-fils qui l'a reçu de son » aïeul, et comme tel, par son décès, la coutume en saisit son père. » Auzanet avait été de cette opinion, et Ferrière le cite, comme la fondant sur ce que la coutume voulait qu'on suivît l'ordre des successions, et que le droit de réversion étant étranger au droit coutumier, l'immeuble ne pouvait revenir à l'aïeul, qui, dans ce cas, n'était pas le plus proche parent de la ligne.

Après avoir cité Auzanet pour cette opinion, Ferrière indique Lebrun pour l'opinion contraire, et dit seulement qu'au livre Ier de son *Traité des successions*, chap. 5, sect. 2, Lebrun tient que ce droit est mixte et PARTICIPE de la *réversion* et de la *succession*.

Pour bien entendre ce que veut dire Ferrière par cette citation si brève, il faut lire Lebrun. Cet auteur, après avoir dit que le mot *succèdent* de l'article 313 a fait douter que le droit de réversion (tel qu'il était connu en pays de droit écrit) eût lieu dans la coutume de Paris; que d'autres raisons viennent se joindre au texte pour décider que c'est un droit de succession et que les choses données, contrairement au droit de réversion, sont à la libre disposition du donataire, qui peut même en disposer par testament, ajoute : « Ce» pendant, il y a un point fixe dans notre usage, que quand l'aïeul a donné » et que le petit-fils meurt sans enfants, ce n'est point le père, mais *l'aïeul* » *donateur qui succède* aux choses données..... » Voilà la question spéciale décidée par Lebrun d'une manière toute contraire à l'opinion de Ricard, de Roussaud Lacombe, de Denisart, de Bourjon et d'Auzanet (seul cité par Ferrière)... Maintenant Lebrun continue, et au lieu de dire que, dans ce cas, l'aïeul a un droit spécial de succession qu'il n'aurait pas eu sans cette cir-

§ 3, n° 4, l'a appelée succession *in re particulari*, ce qui a sa justesse en ce sens que l'objet à recueillir est limité, mais aussi

constance, il tire une conséquence fausse : « Ainsi, de ce que l'aïeul recueille » ces biens sans être d'ailleurs appelé à d'autres biens dans la même succession, » l'on ne peut, dit-il, s'empêcher de résoudre que ce droit est *mixte parmi* » *nous, et qu'il* PARTICIPE *du droit de réversion et du droit de succession.* »

Telle est l'opinion de Lebrun : mais Ferrière l'adopte-t-il ? Il l'expose seulement, et n'exprime pas encore la sienne ; il dit que, contrairement à Auzanet, Lebrun veut que l'aïeul reprenne la chose donnée et en exclut le père, et que la raison qui décide Lebrun est que le droit est mixte, et que, sous ce rapport, il participe de la réversion des pays de droit écrit, quoique, sous d'autres rapports, il participe du droit de succession.

Ferrière expose ensuite une troisième opinion, celle de Duplessis, qui donne aussi à l'aïeul donateur la préférence sur le père héritier. Ferrière se contente de cette courte énonciation, car il n'avait pas besoin d'exprimer plus clairement les motifs qu'avait Duplessis de décider ainsi, son livre étant alors dans toutes les mains.

Sur la question spéciale de savoir si l'aïeul donateur est préférable au père, héritier du donataire, Lebrun et Duplessis étaient d'accord pour l'affirmative ; mais la fondaient-ils tous deux sur les mêmes motifs ? Non, assurément. Lebrun accordait la préférence à l'aïeul, parce qu'en ce point le droit participait de la réversion. Duplessis va répondre, au contraire, que, dans ce cas, l'aïeul SUCCÈDE ! Voici son passage entier, *Traité des successions*, liv. III, ch. 2, t. I, p. 228 de l'édition de 1754, sous la rubrique *Propres auxquels les ascendants succèdent :* « La coutume établit, article 312, que les ascendants » *n'y succèdent* et que propres ne remontent : mais elle fait deux cas exprès » *où les ascendants succèdent* aux propres. Le premier, article 313, *qu'ils* » SUCCÈDENT *aux choses par eux données* à leurs enfants ou petits-enfants » décédés sans héritiers directs, quoique les dons aient été faits propres. — » *Observations sur cet article* 313. — La première que ce retour *ou succession* » *de propres* ne suit pas la nature de la succession mobilière, mais celui *seul* » qui a fait le don *y succède*, quand même *il ne serait pas héritier mobilier*, » comme quand le don a été fait par un aïeul et qu'il y a un père ou mère » héritier mobilier, ce retour ne laisse pas d'avoir lieu. » Or de cette rubrique, de la qualification de *succession de propre* donnée au retour d'ascendant, de l'expression que l'aïeul *succède* au don par lui fait, quand même il ne serait pas héritier mobilier, et de l'affectation de répéter partout le mot *succéder*, il résulte clairement que Duplessis voit *une vraie succession* de l'aïeul au propre naissant résultant du don qu'il a fait, quoique cet aïeul ne soit pas autrement héritier : il l'est seulement *in parte quâ*. Mais selon Duplessis, rien en cela n'est emprunté ni ne participe au droit de réversion du pays de droit écrit.

Certes, dans l'exposition que fait Ferrière de ces trois systèmes différents, il n'exprime aucune prédilection pour l'opinion de réversion de Lebrun, quand l'ascendant n'est héritier que des choses données : il annonce seulement trois opinions, celle d'Auzanet, celle de Lebrun, celle de Duplessis.

Dans l'article de M. Merlin, ce jurisconsulte ne parle en rien d'Auzanet, mais il cite Denisart, puis Duplessis, puis Lebrun ; et après la phrase de

ce qui pourrait faire croire à l'affranchissement des dettes; Duplessis, *Traité des successions, liv. III, chap. 2, p.* 228, lui

cet auteur, que le retour coutumier est un droit mixte qui participe du droit de réversion et du droit de succession, M. Merlin ajoute : *Ferrière justifie parfaitement cette doctrine;* ce qui signifie bien pour le lecteur la doctrine de Lebrun : et de cette phrase si malheureusement placée, chacun conclut que Merlin et Ferrière approuvent, comme Lebrun, ce mélange de deux idées différentes. Or Ferrière n'a nullement dit que ce que nous appelons le droit de retour participât au droit de réversion. Écoutons Ferrière : « C'est mon avis que le droit de retour PARTICIPE *de la succession*, et qu'on » n'en peut jouir que *titulo successionis.* » Voilà sa proposition générale. Il rejette donc la doctrine de Lebrun, en ce que celui-ci a dit que le retour à l'aïeul de préférence au père héritier des meubles participait au droit de réversion; c'est de la succession que le droit de retour coutumier tire son être; c'est du droit de succession qu'il participe, et Ferrière est de l'avis d'Auzanet et de Duplessis, en ce qu'on ne peut jouir *du retour légal* qu'à titre de succession. Ferrière n'a pu écrire ces deux lignes que pour bannir le titre de réversion, comme l'avait fait Auzanet, et comme Pothier l'a fait depuis (V. ci-dessus, n° 46); et cependant la juxtaposition de la phrase de M. Merlin à l'opinion de Lebrun, avant que de citer Ferrière, a dû faire penser le contraire à vingt mille lecteurs, qui ont lu Merlin sans l'avoir confére avec Lebrun ni Ferrière.

Continuons de citer Ferrière, qui va appliquer sa proposition générale aux cas particuliers. Je n'ai pas besoin d'avertir le lecteur que les indications de divisions sont de moi; le mode d'impression l'en avertira assez.

PREMIER CAS, *dans lequel le droit de retour participe de la succession :* — « Quand le père est donateur (et que l'enfant est décédé sans postérité), il est » héritier (à la fois) des meubles et acquêts (art. 311) et des choses par lui » données à l'enfant donataire (art. 313) : ce sont deux successions qui con- » courent en une même personne, comme quand l'héritier des meubles et » acquêts est aussi héritier des propres paternels ou maternels. »

DEUXIÈME CAS, *dans lequel le droit de retour participe de la succession :* — « Mais si l'aïeul est donateur, et le père héritier mobilier de son fils, l'aïeul » est héritier de son fils en la chose par lui donnée; ainsi il est héritier *in* » *re singulari*, de même que l'héritier des propres d'une ligne, comme du » côté paternel où il n'y a, par exemple, qu'un héritage; et comme l'héri- » tier des propres *n'est pas exclu* par l'héritier des meubles, *qui est le plus* » *proche*, aussi *l'aïeul est héritier* des choses par lui données, *quoiqu'il ne* » *soit pas le plus proche* du donataire; et voilà, comme je crois, comment » le droit de retour *se prend par* DROIT SUCCESSIF et qu'il est inséparable de » la qualité d'héritier. »

Ainsi cette citation prouve parfaitement que dans l'esprit de Ferrière, c'est sèulement à titre de succession, et point du tout à titre de réversion, comme le disait Lebrun, que l'aïeul succédait à la chose donnée au petit-fils, quand l'aïeul n'était pas en même temps héritier aux meubles.

Ce qui le prouve encore plus, c'est le soin qu'a Ferrière de nous dire, n° 5 : « La coutume d'Auxerre, article 242, nous fait parfaitement entendre » *de quelle manière* les donataires *succèdent* aux choses données. » — Cette

donne le nom de *succession de retour*, expression qui a le mérite de réunir l'effet et la cause, et qui évite des circonlocutions. Boucheul avait dit, dans ses *Conventions de succéder*, que le droit de retour coutumier était une sorte de succession *anomale*, mot que tous nos auteurs répètent et que nous rejetons au moins sous notre droit, car une règle particulière posée par la loi peut être une *exception* et ne peut être une *anomalie*. M. Chabot, dans son discours au Tribunat, dit que les ascendants succèdent *hors part* aux choses données, ce qui ne peut s'appliquer qu'au cas où l'ascendant est appelé en même temps à la succession ordinaire. M. Toullier donne au retour légal, outre l'épithète d'*anomale* qu'il affectionne beaucoup, le nom de succession *privilégiée*, parce qu'elle diffère des successions

coutume ne se contentait pas de donner ce droit aux père et mère et autres ascendants, elle le conférait aussi aux oncles, tantes, cousins et autres parents collatéraux qui donnent un immeuble à leur parent; et si les donataires venaient à décéder sans hoirs de leurs corps et sans avoir disposé des choses données, *lesdits donateurs ou leurs enfants succéderont* DEVANT TOUS *aurdits donataires ainsi décédés, en ce qu'ils auront donné, combien que ledit défunt ait délaissé parents plus proches.* — Avoir dit que cette coutume locale faisait bien comprendre de quelle manière succédait l'aïeul parisien en présence de son fils plus prochain héritier, c'était certes exprimer que le droit échoit PAR SUCCESSION, non par réversion.

Aussi plus loin, quand Ferrière (§ 3, n° 20) vient à conclure, pourquoi rejette-t-il l'avis de Duplessis? Ce n'est pas parce qu'il a parlé de *succession* dans la partie que nous en avons citée, mais parce que, dans une observation subséquente, Duplessis était tombé en contrariété. Dans la première observation sur l'article 313, il tenait que l'aïeul devait être préféré au père; dans la septième, il tient au contraire qu'il faut observer l'ordre des successions, et préférer le père à l'aïeul (ce qui, je pense, est pour le cas où l'immeuble donné par l'aïeul au petit-fils était propre de succession aux mains de l'aïeul, tandis que la première observation était pour le cas où l'immeuble étant acquêt aux mains de l'aïeul, devenait propre naissant seulement à l'égard du petit-fils donataire), et qu'ainsi Duplessis rejetait la solution d'Auzanet dans sa première observation et l'admettait dans la septième. Ferrière repousse le sentiment d'Auzanet, que pour jouir du droit de retour, il faut être appelé à y succéder selon l'ordre ordinaire des successions, ce qui n'est pas véritable à l'avis de Ferrière. Comme Lebrun, n° 14, tient que la chose appartient à l'aïeul, Ferrière ajoute : « C'est aussi mon avis, *comme je l'ai dit* » *ci-devant.* » Or, comme ci-devant il a très-nettement exprimé que c'était un titre de succession déférée à une personne non appelée en certains cas dans l'ordre habituel des successions, il n'a donc adopté le sentiment de Lebrun qu'en tant que, pour cette succession spéciale, il ne faut pas suivre l'ordre des successions générales, et l'a repoussé en tant que Lebrun y veut joindre une participation au droit de réversion.

ordinaires, en ce qu'il ne la croit pas à titre universel. Ce qu'il dit sous l'influence du *in re singulari* de Ferrière, M. Demolombe l'appelle *retour successoral*, en disant avec raison (p. 585) que ce nom exprime bien l'idée qui a fait établir le droit et le caractère du droit lui-même; mais cette appellation n'offre-t-elle pas le danger d'entraîner trop facilement le raisonnement à classifier, avec le retour d'ascendant de l'article 747, des droits analogues établis en faveur de l'adoptant ou de ses descendants, et des frères légitimes de l'enfant naturel, dans les articles 351, 352 et 766? Ce nom avait été déjà choisi par M. Zachariæ et ses traducteurs, et ne valait peut-être pas la peine d'être introduit après les mots *succession de retour*, qui attirent l'attention sur le caractère principal de la chose dont on traite.

48. Toutes ces dénominations sont le résultat des efforts de bons esprits pour perfectionner la langue du droit; il est donc permis de s'en servir selon l'occurrence, mais il faut se garder d'y attacher quelque importance. Les mots scientifiques influent trop sur le fond et sur la pensée pour qu'on les adopte immuablement. Ils expriment souvent une idée juste, mais ils ne renferment pas toujours l'idée complète et troublent quelquefois le raisonnement dans l'examen des conséquences.

Aussi voyons-nous, sous l'influence de cette dénomination à la mode, *succession anomale*, M. Zachariæ et ses savants traducteurs, MM. Aubry et Rau (*t. IV, p.* 544 *et suiv.*), classer à la suite des *successions irrégulières* le retour légal de l'ascendant, quand le Code l'a classé au rang des successions légitimes; aussi les voyons-nous refuser la saisine légale à l'ascendant donateur, et rassembler trois espèces de droits différents tirés de titres différents, ou de chapitres différents d'un même titre écrits dans des vues opposées (351, 352, 747, 766), pour constituer un genre de trois exceptions en les groupant, et conclure de ces rapprochements que l'ascendant donateur n'est point un véritable héritier, qu'il ne mérite que le nom de successeur à une universalité juridique et qu'il est dépouillé de toute saisine.

49. Ces mêmes noms de succession anomale, de succession *in re particulari* ont encore exercé trop d'influence sur les jurisconsultes les plus exacts quand il s'est agi de déterminer, sous le Code civil, les différences entre la succession de retour

et la succession ordinaire, et quand les deux droits résidaient en même temps sur la même tête. Nos livres modernes sont pleins de cette idée de SÉPARATION PROFONDE entre la succession ordinaire et la succession de retour; et tout ce qui en a été dit peut se résumer nettement et élégamment en ce peu de mots de M. Demolombe, nº 484: « Il faut poser en principe que » (même quand elles sont réunies sur la même tête) nous avons » ici, non pas une seule et même succession dont les différents » biens, eu égard à l'origine des uns et des autres, seraient dif- » féremment distribués, mais deux successions *distinctes* et *in- » dépendantes*, aussi indépendantes et aussi distinctes que le » seraient les successions *de deux personnes* différentes. » Gardons-nous de cette doctrine même avec les tempéraments qu'y apporte aussitôt l'illustre professeur!

50. En droit, la succession de l'ascendant aux choses données est toujours une part à déterminer dans la succession générale; elle ne forme pas une seconde succession. Elle n'est qu'une fraction physique de l'universalité, à laquelle l'ascendant est appelé par la loi comme il le serait à la succession ordinaire.

Le mot *succession* est équivoque. Il s'entend souvent et presque toujours du droit de succéder et de l'ensemble des droits qu'a laissés le défunt. En ce sens, il est abstrait et comprend l'universalité des droits et des charges. *Nihil est aliud hereditas quam successio in universum jus quod defunctus habuit.*

Le mot *succession* s'entend aussi des biens à recueillir dans une succession des choses qui sont échues à l'héritier. Dans ce sens physique, son idée se borne à ce qui doit échoir à l'héritier ou à ce qui a été recueilli par lui.

Ainsi, suivant les mœurs et les besoins politiques d'une nation, une seule et même succession pourrait admettre en même temps des héritiers de différents ordres, des héritiers à des biens de certaine nature ou de certaine qualité. Donc, il ne répugnait pas à l'unité de la succession considérée universellement et d'une manière abstraite qu'il y eût en droit coutumier certains ordres d'héritiers à des biens d'un genre déterminé qu'il fallait extraire de la masse (*ex universo jure*). Comme le genre de biens à recueillir par les héritiers d'un certain ordre se détachaient de la masse générale, les besoins du langage ont fait distinguer plusieurs espèces de successions quant aux choses auxquelles certains héritiers étaient exclusivement appelés,

parce que ces biens étaient la succession à eux échue, sans cesser d'être pourtant éléments et parties intégrantes du droit universel de succession. C'est ainsi et en ce sens attributif à certains héritiers qu'on a pu dire la succession *aux biens nobles*, la succession *aux biens roturiers*, la succession *aux propres*, la succession *aux meubles et acquêts*. Alors le mot *succession* a signifié, non la masse générale des biens et des charges, mais la masse active relative à certains ordres d'héritiers. Par conséquent, malgré ces divisions dans la QUALITÉ des biens à recueillir, la succession générale, l'universalité des biens, droits, dettes et charges laissés par le défunt, n'en était pas moins UNE en droit, et les biens revenant à l'ordre d'héritiers spécialement appelés à certains biens seulement, quoique supportant leur part dans les dettes, n'en ont pas moins formé une partie intégrante de cette universalité [1].

De même, on peut dire « la succession de l'ascendant *aux choses* par lui données » dans le sens physique pour les biens qu'il a droit de recueillir exclusivement à tous autres. Cela n'empêche pas ces biens de faire partie intégrante de la succession universelle; cela n'empêche pas l'ascendant de supporter *pro ratâ parte* les dettes et charges communes à tous les autres héritiers : il n'y aura donc jamais qu'une seule et unique succession à régler entre tous les appelés, suivant leurs droits individuels, à laquelle l'ascendant donateur peut avoir vocation exceptionnelle seulement, s'il n'est que donateur, sans être appelé dans les autres biens; ou vocation à la fois ordinaire et exceptionnelle, s'il est donateur et qu'en outre il soit appelé aux autres biens.

51. Nous devons avouer sur-le-champ que nous avons le malheur de différer radicalement de l'opinion des auteurs modernes. Quand l'ascendant n'est pas appelé à la succession ordinaire, M. Zachariæ et ses savants traducteurs refusent d'admettre l'ascendant donateur au nombre des héritiers légitimes. Il n'est plus qu'un *successeur* appelé à une *universalité juridique*, et cette

[1] Bien entendu, nous ne parlons ici que du dernier état du droit français sous la coutume de Paris, point duquel il faut toujours partir quand on veut observer les différences ou les similitudes de la législation qui lui a succédé. Il fut effectivement un temps où les successions aux propres ont pu n'être qu'une universalité distincte de la succession aux meubles, comme on le verra dans la suite.

universalité dans leur système n'est pas l'ensemble des droits et charges du défunt : c'est l'ensemble de ce que l'ascendant a à recueillir exceptionnellement. (V. la traduction de MM. Aubry et Rau, *t. IV, p.* 544 *et suiv.*, § 640 *bis.*) Comme il n'est point héritier proprement dit, il n'a pas même la saisine. Pour faciliter leur démonstration, ils forment une seule classe des dispositions des articles 351 et 352, 747 et 766 du Code civil. On comprend bien qu'avec ce système et lorsque le *retour successoral* vient à reposer sur la même tête que le droit à la succession ordinaire, l'ascendant ayant à la fois vocation au retour et à une part de la succession ordinaire, a la faculté de diviser les deux droits, de n'en exercer qu'un seul, et par conséquent de répudier la succession ordinaire pour ne profiter que de la succession de retour.

52. Tous les autres auteurs reconnaissent dans l'ascendant donateur la qualité d'héritier légitime et le droit de saisine légale. Aussi M. Demolombe a-t-il combattu avec vigueur cette portion de la fausse doctrine de Zachariæ (V. *Successions*, t. I, n°s 481 *bis* et 552). Mais fort peu d'auteurs admettent l'indivisibilité des deux successions, exceptionnelle et ordinaire, quand toutes deux reposent sur la même tête. M. Delvincourt me paraît pourtant avoir posé les vrais principes en quelques lignes, en disant (*t. II, note* 4, *sur la page* 18) : « Si l'ascendant donateur se trouvait en ordre de succéder et qu'il eût renoncé à » la succession, il ne pourrait exercer le droit qui lui est attribué » par l'article 747 ; car on ne peut être tout à la fois héritier et » n'être pas héritier de la même personne. » Cependant l'opinion contraire est professée par Chabot, n° 16, *sur l'article* 747; par son annotateur M. Belost-Jolimont, 4e *observation ;* par Vazeille, n° 3, *sur l'article ;* par MM. Aubry et Rau, *t. IV, p.* 546, comme par MM. Massé et Vergé, t. II, p. 285; par notre regrettable Demante, *t. III, n°* 56 *bis ;* enfin par M. Demolombe, *n°* 488. — Quant à M. Toullier, *t. IV, n°* 237, en se rangeant à l'avis de Delvincourt, il balance entre les deux systèmes, et dans le doute se décide pour l'indivisibilité; et M. Duranton est encore plus vacillant que Toullier, *t. VI, n°* 210.

Que de raisons pour douter!.... Et pourtant contre ma coutume, je ne doute nullement : je crois fermement que la jurisprudence doctrinale s'égare; que les deux droits réunis sur la même tête sont indivisibles, en ce sens que la renonciation à la

succession ordinaire entraîne renonciation à la succession spéciale, et que la succession spéciale ne peut pas être acceptée toute seule. Je crains, par conséquent, qu'elle n'égare un jour la jurisprudence des tribunaux, et je dois faire tout ce qu'il est en moi pour éviter ce malheur.

53. De sorte que sur ce § 4, nous avons à examiner deux grandes questions, desquelles dépend la solution d'un grand nombres d'autres : 1° L'ascendant donateur qui n'a droit qu'au retour légal est-il héritier légitime et a-t-il la saisine de droit? 2° L'ascendant donateur, appelé en même temps à la succession de retour et à la succession ordinaire, peut-il répudier la succession ordinaire pour s'en tenir à la succession de retour? Ce que je traiterai en deux sections.

SECTION Ire DU § 4. — Si l'ascendant donateur qui n'a droit qu'au retour légal est héritier légitime et jouit de la saisine de droit.

54. Rien ne nous a paru plus audacieux en doctrine que ce qu'a fait M. Zachariæ en déplaçant de leur cadre les articles 351, 352, 747 et 766, pour faire de leurs dispositions réunies une classe de lois du même genre, les isoler de tous leurs rapports méthodiques avec le reste du Code, et les soumettre toutes aux mêmes effets et aux mêmes conséquences.

On ne saurait trop fortement résister à ces innovations doctrinales. La vérité est que l'ascendant légitime est héritier légitime quand il n'est appelé, en vertu de l'article 747, qu'à reprendre ce qu'il a donné, aussi bien que lorsqu'il est appelé à la succession par les articles 733, 746 et 748. Il est aussi bien héritier que l'était, sous la coutume de Paris, l'héritier aux propres, quand il ne participait pas aux meubles et acquêts : donc il a la saisine de la succession. Nous n'avons nul besoin de chercher une autre universalité juridique que celle qui résulte de la masse générale de la succession, et dont les biens échus à l'ascendant font UNE PARTIE dont la proportion AU TOUT sera déterminée par une opération mathématique.

En effet, il n'existe aucune raison de réunir, comme l'ont fait MM. Zachariæ et ses traducteurs, les articles 351, 352 et 766 avec l'article 747 pour les faire passer sous le même niveau scolastique, quand la loi les a placés sous des titres différents. Ce n'est pas sans raison que le Code a été voté par lois distinctes et séparées; que chacun de ses titres a été divisé par

chapitres et par sections, que les divers articles en ont été placés dans un ordre méthodique. On doit donc dans l'interprétation tenir compte de la méthode du législateur, bien loin de la troubler arbitrairement.

55. Le droit de l'adoptant (art. 351 et 352) ou de ses descendants (art. 351) est un droit spécial de succession qui ressemble beaucoup au droit de l'ascendant donateur. La différence spécifique paraît consister principalement en ce que l'adoptant, comme adoptant, ne peut jamais être appelé à la succession générale; mais à cela près et encore à l'exception du droit exprès de reprendre les choses données dans la succession des enfants de l'adopté mourant avant lui, l'adoptant nous semble avoir un droit de retour de la même nature que celui de l'ascendant donateur. Cela nous paraît tenir à ce que dans le principe des projets *sur l'adoption*, l'adopté passait entièrement dans la famille de l'adoptant et perdait tous ses droits dans sa famille naturelle. Cette idée mère que l'*adoption imite la nature* a été cause que le législateur a procédé par ademption et retranchement des conséquences légales qu'il voulait dès le principe faire produire à l'adoption. — C'est ainsi qu'il dit que (contrairement à l'idée mère) l'adopté restera dans sa famille naturelle et y conservera ses droits (art. 348); que l'adopté n'acquerra aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant (art. 350). C'est ainsi qu'après avoir restreint dans l'article 351 le droit de l'adoptant ou de ses descendants sur les biens de l'adopté aux biens donnés par l'adoptant ou recueillis dans sa succession, le législateur a dit, toujours par forme d'ademption à sa première volonté: « Le surplus des » biens de l'adopté APPARTIENDRA à ses propres parents, et » ceux-ci excluront toujours, pour les objets même spécifiés au » présent article, tous héritiers de l'adoptant autres que ses » descendants. »

Donc, si c'est par forme de restriction du droit de succession, accordé tout entier à l'adoptant par les projets précédents que l'article 351 confère à l'adoptant le droit de retour aux biens par lui donnés, en déclarant que le *surplus* appartiendra à ses propres parents, il en faut conclure nécessairement que les biens composant la masse active de la succession *légitime* de l'adopté mort sans postérité se divise en deux parts inégales qui supporteront proportionnellement les charges pas-

sives : 1° les choses provenant de l'adoptant, qui lui appartiendront à lui ou à ses descendants ; 2° et le surplus des biens qui appartiendront aux propres parents de l'adopté. Et s'il en est ainsi, il faut encore conclure que c'est à titre de succession légitime que le droit de retour appartiendra à l'adoptant ou à ses enfants, puisque c'est à titre de succession légitime que le surplus de la masse active appartiendra aux propres parents de l'adopté.

Aussi l'article 352 s'est-il servi, comme l'article 313 de la coutume, des mots « *succédera aux choses par lui données;* » et par les mots « *comme il est dit en l'article précédent,* » il fait clairement entendre que *le retour à l'adoptant* de l'article 351 se fait à titre de succession. Or, de ce que la part de l'adoptant dans la succession légitime n'existe que dans le cas où l'adopté a reçu et conservé des biens de l'adoptant, et de ce que cette part ne peut être déterminée que par une opération mathématique, il ne s'ensuit pas du tout que ce droit de succession constitue une succession irrégulière. Tout ce qui en résulte *in abstracto,* c'est que la succession de l'adopté mort sans postérité se divise en deux parts à déterminer suivant l'origine des biens, dont l'une appartient à l'adoptant ou à ses descendants et l'autre à la famille naturelle, lesquelles se trouveront déterminées par la proportion de chacune de ces parts à la masse active de la succession. Sur ce point, le système de M. Zachariæ doit donc être rejeté.

56. Comment, en effet, comparer les articles 351, 352 et 747 avec l'article 766? Tout bien considéré, cet article 766 constitue moins un droit de retour au profit des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel qu'une sorte de revendication des biens détournés par le père naturel de la substance de la famille légitime, et devenus inutiles à l'enfant naturel. Ce droit est si extraordinaire que, pour qu'il puisse être accordé aux frères et sœurs légitimes, il faut que l'enfant naturel décédé sans enfants ait auparavant perdu père et mère. C'est un droit qui n'est en rien grevé des dettes de la succession, si l'enfant naturel laisse assez de biens d'ailleurs pour que toutes ses dettes soient éteintes sans toucher aux biens donnés. On pourrait dire que, dans ce cas, les frères et sœurs légitimes ne sont pas héritiers, même irréguliers, si l'article 766 ne se servait à leur égard des mots « *les biens..... passent,* »

comme il s'en sert à l'égard des frères et sœurs naturels et de leurs descendants; et comme l'article 723 s'en sert pour les successeurs irréguliers, l'enfant naturel, l'époux survivant, l'État. — Les frères et sœurs légitimes ne sont dans ce cas que successeurs à la chose; ils la reprennent entière (s'ils la trouvent entière) au préjudice des frères ou sœurs naturels, du droit de succession de l'époux survivant ou des droits du fisc, et ne sont que successeurs très-irréguliers dans une succession irrégulière. Qui ne voit donc que le rapprochement qu'ont fait M. Zachariæ et ses traducteurs d'articles épars, écrits dans des vues et pour des motifs différents, n'a d'autre résultat que de refaire le Code en attribuant au législateur une vue générale dont ne témoignent aucunement ni les textes ni les travaux préparatoires?

57. MM. Zachariæ et ses savants traducteurs ajoutent qu'on doit refuser à l'ascendant le titre d'héritier, parce que le retour est bien moins fondé *sur le lien de parenté* que *sur l'origine des biens!* Avec de tels arguments, on aura bientôt altéré le droit français. Nous répondons que si la succession de retour échue à l'ascendant légitime a pour occasion matérielle l'origine des biens, sa cause légale est *dans le lien de parenté légitime* entre l'ascendant donateur et le descendant donataire, lien de famille qu'il ne faut pas confondre avec la proximité de degré. La preuve que le lien de parenté en est la cause, c'est que nul autre parent, nul étranger ne jouit du droit de succession de retour. Seulement la loi combine deux éléments pour déférer spécialement la succession de retour, la qualité d'ascendant légitime et l'origine des biens. C'est ainsi que les héritiers aux propres pouvaient être à un degré plus éloigné que l'héritier aux meubles et acquêts.

58. Enfin ces auteurs refusent le titre d'héritier à l'ascendant donateur, parce que l'article 724 ne donne le titre d'héritiers qu'aux parents légitimes appelés par la loi à recueillir la *totalité* des biens.

Ce point de vue est faux encore : car l'objet de l'article 724 n'est point de déterminer quels sont les héritiers; son objet est de déterminer quels successeurs auront la saisine, quels ne l'auront pas. Cet article ne donne à personne le titre d'héritier légitime. Comme l'article 723, il refuse le titre d'héritier aux enfants naturels, à l'époux survivant, et confère la saisine aux

seuls héritiers légitimes, mais *sans déterminer* quels seront ces héritiers légitimes.

C'est le chapitre III, *Des divers Ordres de Succession*, qui déterminera quels sont ces héritiers légitimes auxquels l'article 724 vient de conférer la saisine légale. C'est la section IV, *Des Successions conférées aux Ascendants*, qui déterminera les cas où les ascendants seront héritiers légitimes; c'est dans cette section IV que se trouve classé l'article 747 : l'article 747 établit donc pour les ascendants une succession légitime aux choses par eux données; donc l'article 724 leur confère, comme pour la succession ordinaire, la saisine des biens du défunt concurremment avec les autres héritiers, jusqu'à ce qu'ils en aient retiré les biens spéciaux que la loi leur attribue à l'exclusion de tous autres.

59. En vain vient-on dire qu'en ce cas l'ascendant n'était pas appelé à *la totalité* des biens, et que cette circonstance suffit pour lui refuser le nom d'héritier. Les annotateurs de M. Zachariæ n'ont pas fait attention que les héritiers aux propres sous la coutume de Paris étaient tenus des dettes, et que cependant personne ne leur contestait la qualité d'héritiers, quoiqu'ils n'eussent droit, en cette qualité, qu'aux immeubles situés dans le détroit de la coutume. C'est plus par l'obligation de supporter les dettes et charges qu'on est héritier et continuateur de la personne du défunt que par l'étendue de la part d'héritier.

Puisque, même quand l'ascendant, qui ne participe pas à la succession générale, viendrait seulement succéder au corps certain qu'il avait donné à son petit-fils, cet ascendant est héritier légitime, et puisqu'il a la saisine légale, il faut dire que cette saisine s'étend, non-seulement sur l'objet qu'il a donné, mais sur l'universalité des biens de la succession, l'ascendant étant proportionnellement soumis aux charges, et qu'en conséquence sa présence, ou celle d'un notaire pour le représenter (C. proc., art. 924), est nécessaire à l'inventaire. — L'immeuble ne lui est pas dû de la même manière qu'à un légataire : il lui est dû en qualité d'héritier de la personne aux mêmes charges que les autres héritiers : il a le même droit et le même intérêt que les autres héritiers à faire rentrer l'actif et à contester les charges de la succession.

60. Donc, même quand il ne serait appelé qu'à la succession de retour, l'ascendant donateur étant héritier, il s'ensuivra qu'en

général les règles ordinaires des successions s'appliqueront à son droit de retour.

Ainsi l'ascendant ne pourra y prétendre que s'il a la capacité active de succéder. S'il meurt après le donataire sans avoir pris parti, cette succession spéciale sera un effet de sa propre succession, parce qu'il en aura été saisi de plein droit, et ses héritiers la recueilleront, s'il ne l'a pas répudiée. Si l'ascendant donateur avait renoncé à cette succession en fraude des droits de ses créanciers, ceux-ci pourraient accepter de son chef jusqu'à concurrence de leur intérêt.

61. Ainsi l'ascendant doit prendre la précaution du bénéfice d'inventaire, s'il ne veut pas être tenu *ultra vires* des dettes et charges de la succession; car c'est une règle générale des successions que, quiconque fait acte d'héritier pur et simple est engagé sur ses propres biens. On comprend, en effet, que l'héritier donateur qui a stipulé le *retour conventionnel* (par exemple, un oncle, qui, après avoir fait une donation à son neveu, perd ce neveu sans enfants et s'en trouve héritier présomptif) puisse, sans faire acte d'héritier, s'emparer des biens qu'il avait donnés, parce que le retour conventionnel est un obstacle à ce que les biens donnés fassent partie de la succession, et que l'oncle donateur s'en est emparé comme un propriétaire qui reprend sa chose; mais quant au retour légal, qui n'existe qu'à titre de succession, il n'en peut être de même. L'ascendant qui fait acte de propriétaire sur la chose qui vient de lui, mais qui n'en est pas moins partie de la succession, accepte par là même la succession et subit les conséquences légales de sa qualité d'héritier volontaire. Lebrun, qui tend toujours à mélanger les deux idées de réversion et de succession, avoue lui-même cette conséquence, quoiqu'il désirerait qu'on permît dans ce cas à l'aïeul de prendre des lettres de rescision (liv. I, chap. 5, sect. 2, n° 67). Zachariæ nous paraît seul de l'avis contraire, en ce qu'il croit que l'aïeul ne sera tenu que *pro modo emolumenti*, même en acceptant sans inventaire : toutes les fois qu'il a pris qualité, il est tenu personnellement pour une part proportionnelle et hypothécairement pour le tout. C'est seulement parce que sa part est à déterminer, qu'on ne se sert pas pour lui des mots *pro parte virili*.

Par conséquent, il faut dire que l'aïeul, qui n'est pas appelé à prendre part dans la succession ordinaire, quoique appelé à

la succession de retour, et qui fait acte d'immixtion en payant les dettes de la succession et en faisant plus à cet égard que les actes conservatoires et de simple administration permis à l'héritier présomptif, accepte par là même la succession de retour et toutes ses charges : car il est un vrai héritier dans la proportion de sa part avec la masse générale.

62. Puisque le retour légal est un droit de succession, il faut dire encore que l'ascendant n'y peut renoncer du vivant du donataire. Tous les auteurs sont unanimes sur ce point. D'ailleurs, cette renonciation serait inutile au donataire ou à son créancier qui la demanderait, puisque le donataire n'en a pas besoin pour disposer de la chose ni pour l'engager par hypothèque ou autrement.

63. On comprend facilement que l'ascendant, qui n'est pas appelé à la succession ordinaire, tel que l'aïeul paternel donateur envers son petit-fils, dont le père se porte héritier, ou l'aïeul paternel ou maternel exclus de la succession ordinaire par les frères et sœurs du petit-fils mort sans postérité, puisse renoncer à la succession de retour. Alors les biens donnés, qui lui étaient échus en vertu de l'article 747, demeurent dans la succession générale échue aux héritiers ordinaires par l'effet de la *dévolution* qu'a produit la renonciation de l'ascendant.

Tous les auteurs sont d'accord que la renonciation de l'ascendant appelé seulement à la succession spéciale profite à ceux qui sont appelés à la succession ordinaire. M. Zachariæ, pour qui l'ascendant n'est pas héritier et n'a pas de saisine légale, a dit (t. IV, p. 548, *De la traduction* de MM. Aubry et Rau) « que la renonciation de l'aïeul peut engendrer au profit des héritiers ordinaires *un droit d'accroissement*, en ce sens que les biens compris dans l'universalité juridique déférée à titre de retour successoral, restent unis à l'hérédité. M. Demolombe, p. 593, n° 485, dit avec raison que ce n'est pas là un droit d'accroissement. Mais, à son insu, le système de deux successions l'a empêché de dire qu'il y avait *dévolution*. Il se base justement sur l'article 785, qui, en établissant la règle, que « l'héritier qui renonce EST CENSÉ n'avoir jamais été héritier, domine à la fois le cas d'accroissement et le cas de dévolution. Or, *dévolution* est un terme général qui s'emploie pour tous les cas où un degré, une ligne, un ordre d'héritiers vient à manquer ou à renoncer. L'article 786 ne s'en

sert, il est vrai, que de degré à degré, mais il n'est pas exclusif; l'article 733 parle de la dévolution d'une ligne à l'autre. Dans notre ancien droit, *dévolution* signifiait aussi l'effet résultant de l'extinction ou de la renonciation d'une ligne à laquelle étaient affectés certains propres; et lorsque, sous la coutume de Paris, il ne se trouvait aucun parent de la ligne d'un propre, ou que tous les parents de la ligne y avaient successivement renoncé, il se faisait une dévolution de ce bien au profit de l'héritier des meubles et acquêts, c'est-à-dire que le plus proche héritier avait le droit de le recueillir (MERLIN, mot *Dévolution*, § 1er). — Or, si l'article 747 a été établi par imitation des propres naissants venus des père ou mère dans la succession de leur enfant donataire, la renonciation de l'ascendant aux choses données sous notre Code doit produire *dévolution* à la masse générale des héritiers ordinaires, comme la renonciation de toute la ligne à laquelle appartient un bien propre produisait dévolution de celui-ci à la succession générale des meubles et acquêts.

64. Il est bien entendu que cette renonciation doit se faire par acte au greffe comme les autres renonciations à la succession; que, si elle se faisait par convention avec les autres héritiers, ce serait un acte d'héritier, qui laisserait l'ascendant obligé comme héritier envers les tiers, sauf les effets de la convention entre les parties.

Il est bien clair encore que, dans tous les cas, la renonciation pure et simple faite au greffe du droit de retour d'ascendant, étant une renonciation à succession, il n'en est pas dû de droit de mutation. Il semble même que quand l'ascendant donateur, appelé à la fois à la succession générale et à la succession de retour, veut bien négliger ce droit spécial et renonce au droit de retour, non pour le transporter à d'autres, mais pour partager suivant les règles ordinaires l'entière succession, dans laquelle se trouveront ainsi les biens auxquels il aura renoncé, il n'y aura alors qu'une vraie renonciation, puisqu'il n'en reçoit pas le prix, qu'il laisse la chose en commun, qu'elle profite à l'hérédité, et n'est faite ni *aliquo dato aut accepto* en faveur de tous, ni en faveur d'un seul ou de quelques-uns seulement des autres héritiers.

65. Par contre, puisque l'ascendant donateur est le vrai héritier des choses par lui données et retrouvées dans la suc-

cession du donataire, et que s'il recueille, les règles ordinaires des successions s'appliqueront à son droit, il doit au fisc, en sa qualité d'héritier, les droits proportionnels de mutation imposés aux successions en ligne directe.

66. La Cour de cassation l'a ainsi jugé pour le retour à l'adoptant des choses par lui données à l'adopté, par arrêt du 28 décembre 1829, et avait déjà préparé le principe par un arrêt du 8 février 1814, en rejetant le pourvoi de la régie contre un jugement refusant un droit proportionnel sur la réversion effectuée d'une donation faite en 1787, mais en pays de droit écrit, parce qu'en ce pays, le fondement de la réversion était le consentement tacite des parties à la résolution du contrat. Le retour conventionnel et le retour légal sont en ce point tout contraires.

SECTION II DU § 4. — L'ascendant donateur appelé à la succession de retour en même temps qu'à la succession ordinaire, peut-il répudier la succession ordinaire et accepter la succession de retour?

67. Cette question a été déjà signalée nos 52 et 53, où j'ai indiqué quels jurisconsultes modernes se sont déclarés pour la séparation des deux successions. Quand on a deux droits distincts, il semble qu'on peut facilement accepter l'un et répudier l'autre, suivant son intérêt ou sa volonté. Cependant, j'ai exprimé nettement qu'à mes yeux cette division du droit de succession était imaginaire; mais je vois s'élever contre mon opinion des autorités si respectables que je dois établir mon opinion, d'abord sous la coutume de Paris; puis je reviendrai au Code Napoléon, où j'examinerai ce qu'il y a d'arguments nouveaux ajoutés par les modernes à la doctrine des anciens.

M. Merlin était, sous l'ancien droit, du même avis sur la question que MM. Chabot, Vazeille, Demante, Demolombe et autres sous le Code civil. Il pensait que lorsque le retour d'un propre et la succession mobilière étaient dévolus conjointement à un père, celui-ci pouvait, en renonçant à la succession mobilière, accepter la succession au propre de retour. Il pose la question et la résout au *Répertoire*, mot *Réversion, sect.* 2, § 2, *art.* 3, *n°* 4, en disant qu'une personne à qui sont dévolues deux successions de différents genres, quoique provenant de la même personne, peut certainement en accepter une et répudier l'autre; il conteste sur ce point l'autorité de Duplessis qui avait professé l'opinion contraire, et prétend trouver dans Duplessis et dans

Ferrière la preuve de son opinion, qu'il aurait d'ailleurs établie dans une dissertation au *Répertoire*, mot *Héritier, sect.* 6, § 10, sur l'incompatibilité ou la compatibilité des qualités d'héritier et de légataire, dans laquelle il s'appuie sur cet maxime de Burgundus : *Constanter docemus* TOTIDEM *esse hereditates* QUOT *erunt bona diversis territoriis obnoxia*, et sur cette règle de Loisel : « Les Français, comme gens de guerre, ont reçu divers » patrimoines et plusieurs sortes d'héritiers d'une même per- » sonne. » Enfin, pour corroborer sa doctrine, il cite un arrêt du parlement de Bretagne du 28 juillet 1744, recueilli par Poullain Duparcq, et qui pourrait bien être étranger à la question.

C'est cette opinion de M. Merlin qui a servi de base à ceux qui ont écrit après lui, et M. Chabot n'a fait qu'en reproduire les arguments. La dissertation de M. Merlin sera donc mon point de départ.

68. M. Merlin aurait-il changé d'avis, s'il avait eu à examiner la question sous le Code civil? — Je l'ignore; je pense même que d'anciens travaux sur la question auraient exercé une influence puissante sur son esprit. Mais je n'en crois pas moins que s'il eût eu à faire cet examen comme procureur général à la Cour de cassation, il eût fait tous ses efforts pour effacer ses anciennes impressions, et qu'il aurait été possible que le magistrat, expliquant le Code Napoléon, l'eût emporté sur l'ancien avocat au parlement de Flandres.

Car, il y a deux parts à faire dans les travaux juridiques de M. Merlin : la première, la plus importante pour nous, se compose de ses savantes conclusions devant la Cour de cassation; la seconde, des excellents articles qu'il a fournis au *Répertoire* qui porte aujourd'hui son nom. Les dissertations qu'il y a insérées n'ont pas toutes le même degré d'autorité, surtout quand il s'agit d'expliquer le sens de la coutume de Paris. M. Merlin était jurisconsulte coutumier, mais jurisconsulte flamand. Or, dans la coutume de Flandres, il n'était pas sans exemple « *qu'un héritier pût appréhender portion d'hoirie et répudier l'autre.* » Ce qui suppose que la succession mobilière était seule chargée des dettes personnelles. L'influence des coutumes de Flandres sur l'auteur, qui avait tous les jours à les expliquer [1], ne suffit-

[1] Des deux dissertations sur le mot *Héritier* et sur le mot *Réversion*, l'une a été publiée au *Répertoire* de Guyot, t. LVI, p. 321, en 1783; l'autre au même *Répertoire*, t. XXIX, p. 227, en 1779, pendant que M. Merlin était avo-

elle pas pour nous permettre quelque défiance contre sa solution relativement à la coutume de Paris, où, tout au contraire, les dettes pesaient proportionnellement sur la succession aux meubles et acquêts et sur la succession aux propres situés dans le ressort de la coutume.

69. C'est à Ferrière que M. Merlin attribue la doctrine que le père peut accepter la succession de retour et renoncer à la succession générale des meubles et acquêts. Or, Ferrière n'a même pas posé la question, bien loin de l'avoir résolue dans ce sens. M. Merlin attribue à Duplessis d'avoir dit que le droit de retour formait une succession séparée, et rendait celui qui l'exerce héritier *in re singulari*. Je n'ai rien vu de pareil dans Duplessis. Ici la question devient une question de fait. Qu'est-ce qu'ont dit ces auteurs? Qu'est-ce que M. Merlin leur a fait dire? Les a-t-il bien entendus? La question de fait est ici toute puissante; car, si M. Merlin les a mal entendus, l'autorité de ces jurisconsultes parisiens sur l'intelligence de ladite coutume se tournera contre lui pour l'explication du Code Napoléon.

70. D'abord, Ferrière n'a jamais examiné la question de savoir si le père auquel seraient dévolus conjointement le retour d'un propre et la succession mobilière de son fils mort sans postérité, peut *accepter* la succession de retour et *renoncer* à l'autre. S'il ne l'a point examinée, s'il ne se l'est même pas posée, on ne comprend pas trop qu'on l'invoque comme autorité, à moins qu'il n'ait posé des principes d'où la solution favorable à l'opinion de M. Merlin naisse nécessairement.

Ferrière, dans la dissertation rapportée ci-dessus, n° 46 *à la note*, a dit en effet que, quand le père était donateur, il était à la fois héritier des meubles et acquêts et des choses par lui données à l'enfant donataire, et que *c'étaient deux successions qui concouraient en une même personne;* il dit de plus que, quand l'aïeul n'est point appelé à la succession générale et n'a droit qu'à la succession de retour, il est héritier *in re singulari;* et c'est sur le fondement de ces deux phrases que M. Merlin invoque l'autorité de Ferrière pour en induire que le père pouvait renoncer à la succession générale des meubles et accepter la succession au propre faisant retour.

cat au parlement de Flandres, et je ne doute pas qu'elles ne fussent conformes à l'esprit général des coutumes de ce pays.

On sent combien est frêle cet appui! Il n'y a pas lieu de s'arrêter à l'expression d'héritier *in re singulari*, qui n'est ici qu'une expression figurée et peut-être hasardée. Car il ne s'agit ni d'institution *in re certâ* ni d'institution particulière dans le sens du droit écrit, mais d'une succession à titre universel qui ne contient qu'un unique effet déféré sous les charges générales des successions. Ce n'est pas cette espèce qui nous occupe : c'est le cas spécial où Ferrière dit : ce sont *deux successions qui concourent en une seule personne!* A-t-il pris *successions* dans le sens d'hérédités distinctes et différentes, comme s'il s'agissait de deux défunts? Oh! je ne le crois pas : il prend les mots *deux successions* dans le sens de biens ou successions d'espèces différentes (V. ci-dessus n° 50), que la coutume de Paris attribuait alors à différentes classes d'héritiers dans la même succession générale, et Ferrière le fait bien entendre, puisqu'il compare dans ce cas le père à l'héritier des meubles appelé, pour une cause quelconque, aux propres paternels ou maternels.

Ferrière ne peut donc être invoqué sur la question spéciale.

71. Duplessis a parlé de la question spéciale avec sa netteté habituelle et la résout sans balancer pour la négative dans sa 6e observation sur l'article 313 (*Traité des successions*, liv. III, chap. 2, p. 229) : « Ce retour ne peut se séparer dans la succession mobilière, quand il est déféré à une même personne, » c'est-à-dire que le retour *ne se peut accepter* et la succession » mobilière *se répudier*, parce que ce retour est déféré par la » voie de succession. » — Duplessis admettait donc que les deux droits réunis sur la même tête formaient deux droits dans la même succession, et que, d'après la maxime *hereditas pro parte adiri non potest*, la renonciation au titre d'héritier ordinaire entraînait la renonciation à la succession de retour [1]. —

[1] J'ai cité Duplessis sur l'édition de 1754. J'ignore dans quelle édition antérieure M. Merlin a puisé le texte de cet auteur, ou s'il l'a cité de mémoire en réunissant quelques passages du même auteur sur d'autres questions. La citation de M. Merlin n'en est pas moins exacte pour le sens, et se trouve même plus explicite que la mienne. — A la question : *Lorsque le retour d'un propre et la succession mobilière sont dévolus conjointement à un père, peut-il accepter l'un et renoncer à l'autre*, que se pose M. Merlin, ce jurisconsulte ajoute : voici la réponse de Duplessis : « Si la coutume donnait cette réversion » par privilége et simple droit de retour, cela se pourrait soutenir ; mais elle » la donne par forme de succession ; et pour cela il ne faut que voir les termes » de l'article 313, qui dit *succèdent aux choses données;* et ainsi c'est une

Duplessis n'a dit nulle part qu'il y eût deux successions séparées, tout en faisant bien entendre que l'ascendant pouvait être héritier au retour, sans être héritier aux meubles. Donc, même indirectement, Duplessis ne peut être invoqué par M. Merlin.

72. M. Merlin cite au même lieu, *pour confirmer son opinion*, un arrêt du parlement du Bretagne du 28 juillet 1744, tel qu'il est rapporté par Poullain-Duparcq sur l'article 594 de sa coutume, avec cette réflexion que cet arrêt *autorise la décision des auteurs qui donnent le droit de réversion indépendamment de la qualité d'héritier.*

Oui, certes, le droit *de réversion* proprement dit, tel qu'on l'entendait en droit romain résultant d'une condition résolutoire : le droit de *retour conventionnel*, mais non pas *le retour légal!* Les père et mère avaient renoncé à la succession de leur fille, qu'ils avaient dotée sans faire de contrat de mariage, d'un contrat de constitution de 1,800 livres de principal, dont ils lui avaient fait transport en marge de la grosse et articulaient que ce transport *contenait* UNE CLAUSE DE RÉVERSION en leur faveur; ils demandaient la représentation de cette grosse, afin de prouver l'existence de cette clause, et certainement pour agir ensuite comme propriétaires contre le débiteur de la rente constituée. Le juge de Saint-Malo rendit une sentence qui condamna le mari, devenu veuf, à *représenter la cession* faite à sa femme. Certes, c'était là un avant faire droit pour vérifier si l'acte de cession contenait la clause de réversion alléguée par les demandeurs, et la grand'-chambre du parlement de Rennes a confirmé la sentence. Que conclure de cet arrêt? — Qu'il n'y avait pas besoin d'être héritier en Bretagne pour jouir du retour légal? Ce serait une conclusion absurde et qui ne sortirait ni des faits ni de la nature du jugement. Le jugement ni l'arrêt n'ont point dit que les père et mère avaient droit au retour légal, malgré leur renonciation à la succession de leur fille, car ils n'ordonnaient pas la restitution actuelle du contrat de rente; ils ont seulement préjugé par leur décision que les père et mère auraient

» portion de succession. Or *hereditas pro parte adiri et pro parte repudiari* » *non potest*. C'est pourquoi je tiens sans difficulté que, renonçant à l'une, il » renonce à l'autre. » Le sens est à peu près le même que dans mon édition; mais le texte est bien différent, et même on pourrait en induire qu'en renonçant *limitativement* au droit de retour, le père renonce à la succession mobilière et générale, ce qui n'est pas (V. ci-dessus, n° 64).

droit à se faire restituer la grosse, s'il était vérifié par la représentation de la pièce ou par le refus de la représenter, que la cession contenait *stipulation de retour* et par conséquent *retour conventionnel*. Or, on n'aurait pas autrement jugé avec l'opinion de Duplessis; car, après avoir dit « le retour ne se peut accepter » et la succession mobilière se répudier, parce que ce retour » est déféré par la voie de succession, » il ajoute : « *Si ce n'est » quand il se fait en vertu de la clause du contrat.* » En effet, puisque la question était de savoir s'il y avait *convention*, il ne s'agissait pas, malgré les défenses contraires de l'adverse partie, d'examiner si les demandeurs avaient répudié la succession.

Donc, quoi qu'en dise M. Merlin ou Poullain-Duparcq, cet arrêt ne confirme en rien l'opinion de M. Merlin.

73. Il insiste pourtant, et demande comment pourrait-il n'être point permis à un ascendant de reprendre les biens qu'il a donnés sans se rendre héritier des meubles, puisqu'une personne à qui sont dévolues deux successions de différents genres, quoique provenantes de la même personne, peut certainement en accepter *une* et répudier *l'autre;* et, pour prouver sa proposition, il renvoie au *Répertoire* à l'article *Héritier*, sect. 6, § 10.

74. Si la savante dissertation à laquelle il renvoie prouvait que celui qui, *dans une même coutume* d'incompatibilité, *putà* dans la coutume de Paris, se trouvait à la fois héritier à la succession des meubles et acquêts, et héritier aux propres situés sur le territoire de la coutume, avait le droit de *répudier* la succession des meubles pour s'en tenir à celle des propres; je n'éleverais pas de question; je céderais avec conviction, et je verrais deux hérédités distinctes dans la coutume de Paris..... dans la succession de retour et la succession reposant sur la même tête. Mais telle n'est pas la portée de cette dissertation : elle se borne à prouver, n° IV, que *l'incompatibilité* d'être héritier et légataire, prononcée par la coutume du lieu du domicile du défunt où se trouve assise la succession aux meubles et acquêts, *n'empêchait pas* d'être valablement légataire *dans une autre coutume* d'incompatibilité aux biens de laquelle on aurait été habile à succéder comme héritier, d'après le texte de cette seconde coutume.

75. Sa décision (que je n'ai pas à examiner ni à combattre, quoique contraire [il le dit lui-même] à l'opinion de Ricard, de Renusson, de Lemaître, de Roussaud-Lacombe, de Boule-

nois, de Bourjon et de plusieurs autres) est fondée sur ce principe « que chaque coutume donnait au vivant la saisine des » biens que le mort avait dans son territoire; que cette saisine » seule faisait l'héritier en droit coutumier; qu'on était donc » héritier chaque fois qu'on était saisi par une coutume; et de » là, autant de coutumes, autant d'hérédités, suivant la maxime » de Burgundus: *Constanter docemus totidem esse hereditates » quot erunt bona diversis territoriis obnoxia.* »

76. Or, ce ne peut être aujourd'hui la question. Le territoire français n'est plus échiqueté par parcelles coutumières. Il est soumis partout à une seule et unique loi des successions : et par conséquent, une seule et même saisine investit l'ascendant tant des biens qu'il a donnés que de l'universalité dont ils font partie. Pour que la dissertation de M. Merlin eût une portée directe sur notre opinion, il faudrait qu'elle prouvât que dans le territoire de la coutume de Paris on pouvait, dans les derniers temps, renoncer à la succession des meubles quand on était en même temps appelé à la succession aux propres *situés sur le même territoire* : or, le contraire résulte de la dissertation même de M. Merlin; car on doit forcément en tirer cette déduction qu'il n'y avait à Paris qu'une seule et unique saisine pour les biens meubles et les propres *du territoire*, puisque l'héritier ne la devait *qu'à une seule et unique coutume.* La dissertation est donc sans autorité ici, parce qu'elle n'est pas concluante.

Il n'y avait donc pas deux *universalités* distinctes et séparées dans le dernier état de la coutume de Paris quand le même héritier était appelé à la fois à la succession des meubles et acquêts et à la succession aux propres situés dans la même coutume. Un coup d'œil rapide sur les transformations qu'a dû subir le système des propres contribuera à compléter une preuve que je crois déjà faite.

77. Rien n'était plus éloigné de notre système des propres que le système des successions du droit romain. Les Romains ne connaissaient qu'une seule succession : l'ensemble des droits actifs et passifs qu'avait laissés le défunt. La qualité d'héritier était chez eux indivisible, et il n'y était pas permis de faire adition de certains biens et de répudier les autres. *Qui totam hereditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest.* L. 1 et 2, ff. *De acq. vel omit. hered.* — Cependant, on voit poindre chez eux la distinction des biens du même individu en deux

patrimoines à l'occasion du testament militaire (V. surtout la loi 17, § 1er, *De testam. milit.*, et la loi 1 au Code) : si un soldat instituait l'un dans ses biens castrenses et un autre héritier dans ses autres biens, ces héritiers ainsi institués n'avaient rien de commun entre eux, PRESQUE comme s'il s'était agi des hérédités de deux hommes différents, de sorte que l'héritier des biens castrenses était seul tenu des dettes contractées à l'armée, et que les dettes contractées hors des camps frappaient seulement l'héritier des autres biens.

78. Mais, comme l'observe justement Ricard (*Donations*, 1re *part.*, *n*° 685), ce n'était là *qu'une fiction* entre les héritiers pour que la division faite par le soldat testateur ne dépendît pas d'une action en partage (L. 25, ff. *De famil. ercisc.*), et pour que chaque héritier payât les dettes créées au sujet seulement des biens auxquels il succédait, et quoiqu'il y eût ainsi deux patrimoines distincts entre chacun des héritiers, il n'y en avait qu'un seul au regard des créanciers, conformément à la règle *unius hominis unicum sit patrimonium ;* car la même loi ajoute que si l'héritier de l'une des portions qui se trouve chargée de dettes au delà de sa valeur n'accepte pas l'institution qui a été faite en sa personne, l'héritier institué dans l'autre portion qui aura fait acte d'adition sera tenu de soutenir le poids de l'entière succession, ou de l'abandonner tout entière aux créanciers. Ce qui montre, ajoute Ricard, que dans la vérité ce n'est qu'une seule et unique succession (dont les parts et les charges se trouvaient distribuées par la volonté spéciale du testateur); autrement chacun des héritiers aurait payé ses dettes séparément; il n'y aurait pas eu de confusion des deux successions l'une avec l'autre, et le savant Godefroi n'aurait pu dire dans ses notes sur cette loi 17 : *Uno repudiante, alter* IN SOLIDUM *tenebitur jusque accrescendi habebit.*

79. Notre ancien droit français avait d'autres principes, et l'opinion des successions distinctes d'un même individu a pu être longtemps vraie chez nos aïeux. « Les Français, comme » gens de guerre, a dit Loisel (*Institutes coutumières*, liv. II, » tit. 5, règle 12), ont reçu divers patrimoines et plusieurs » sortes d'héritiers d'une même personne. » Faisait-il par ces mots *gens de guerre* allusion au caractère de la nation et à son établissement dans les Gaules? Faisait-il allusion au testament militaire des Romains? Il ne s'est pas expliqué là-dessus : mais

peu importe. Si Loisel a écrit sa règle dans le dernier sens, on ne pourra lui donner plus d'étendue qu'à la loi 17, § 1er, ff. *De test. mil.*; s'il l'a écrite dans le premier, l'abolition du régime féodal a détruit toute différence entre les descendants des Francs et des Gaulois, et ne laisse plus de possibilité à l'allusion historique.

Quoi qu'il en soit, les propres n'étaient autre chose qu'une sorte de substitution perpétuelle des immeubles qu'un chef de famille avait donnés à l'un de ses enfants, ou qu'on avait recueilli par succession directe ou collatérale, lesquels immeubles devaient, à l'extinction de la postérité de cet enfant ou de cet héritier, revenir aux parents descendus de celui qui avait transmis le bien.

Et cela devait être chez une nation guerrière, soit lors de son établissement, soit plus tard, quand les bénéfices devenant héréditaires, les coutumes devaient tendre à la conservation des terres dans les familles pour maintenir le territoire en la possession des conquérants. Dès lors, rien d'étonnant dans les priviléges dont on a entouré la succession aux propres, qui revenaient aux descendants de celui qui avait, pour la première fois, transmis la terre dans la famille, par opposition à la succession des meubles et acquêts qui, *adhærens ossibus* comme succession de la personne, appartenait aux plus proches parents du défunt. En mourant, il saisissait, des biens par lui acquis, ses plus prochains hoirs; et, des biens conservés comme propres, ses parents du côté et ligne de l'auteur d'où l'un de ses ancêtres avait reçu chaque domaine. On a pu vouloir que ces diverses successions fussent indépendantes l'une de l'autre; que les propres ne restassent pas chargés des dettes mobilières du dernier possesseur; qu'à l'extinction d'une ligne, les propres ne revinssent pas aux héritiers de l'autre ligne; qu'à défaut d'héritiers aux propres dans les deux lignes, les propres n'appartinssent pas aux collatéraux héritiers aux meubles et acquêts, et que dans ces deux cas les propres appartinssent à l'État par déshérence. Or, dans ce système qui a dû être le système primitif, puisqu'il en restait encore des traces dans les derniers temps[1], il y avait diverses successions dis-

[1] Il suffirait pour témoigner de cet ancien état de choses de l'assertion de M. Merlin qu'on voyait tous les jours dans les coutumes d'Anjou, du Maine, du Hainaut, de Flandres, d'Artois et dans plusieurs autres, un hé-

tinctes, et il était conséquent de permettre à l'héritier des meubles, appelé en même temps à certains propres, de scinder les biens, d'accepter les propres et de répudier la succession aux meubles!

80. Mais il y a longtemps que ces principes s'étaient modifiés dans la coutume de Paris, dans celles qui portaient des dispositions semblables et dans toutes celles qui suivaient ce droit commun. L'ancienneté et même l'oubli de la conquête, qu'on est venu follement rappeler quand il n'y avait plus ni vainqueurs ni vaincus, l'étude du droit romain et son application à l'adoucissement des coutumes, les besoins du commerce, la nécessité du crédit, une foule de causes ont contribué, non à confondre absolument les deux espèces de successions, mais à en faire deux parties distinctes d'une seule et même universalité quand elle reposait sur la même tête. C'était évident dans la succession descendante, les enfants devaient la totalité des dettes tant sur les propres que sur les acquêts. Quand le droit aux propres et le droit aux acquêts ne reposait pas sur la même tête, la succession aux propres était distincte et différente, quant aux droits actifs seulement des héritiers appelés à ces biens; mais elle ne formait qu'une universalité quant aux charges passives, puisque l'article 334 de la coutume réformée en 1580 portait : « Et quand ils succèdent les uns aux meubles, acquêts et » conquêts, les autres aux propres, ils sont tenus entre eux de

ritier accepter la succession immobilière et renoncer à la succession mobilière : parce qu'en certains cas sous ces coutumes, les meubles sont chargés de toutes les dettes personnelles et y forment par conséquent un patrimoine séparé des immeubles. La coutume de Lille en contenait même une disposition expresse, tit. 2, art. 3, « *et peut un héritier appréhender portion d'hoirie et répudier l'autre.* » Il ne faut donc pas nous étonner que Dumoulin ait écrit sous l'article 121 de la coutume de Paris, mais avant la réformation de 1580, *quia auctoritate consuetudinis quæ distinguit patrimonia, videntur quasi duæ duorum hominum hæreditates.* — Il n'aurait pas parlé ainsi s'il nous eût donné un commentaire après la réformation.

Une autre trace bien plus marquée de cet ancien droit, c'est que dans les coutumes de Normandie, art. 224, d'Anjou, art. 328, du Maine, art. 286, de Bourbonnais, art. 328, et dans la plupart des coutumes de la Flandre flamande, l'extinction ni la renonciation de la ligne à laquelle étaient affectés certains propres n'opérait pas de dévolution soit au profit de l'autre ligne, soit au profit de l'héritier des meubles et acquêts, mais opérait déshérence au profit du fisc, à défaut des héritiers auxquels les lois locales voulaient les faire parvenir.

» contribuer au payement des dettes, chacun pour telle part et » portion qu'ils en amendent. » *Qui plus capit, plus solvit.* — V. Renusson, *Traité des propres, chap.* 3, *sect.* 13, *n*os 15 *et suiv.* — C'était donc une même succession universelle, dans laquelle la loi indiquait les objets qui entreraient dans la part des uns ou dans la part des autres, mais en les soumettant aux charges de l'universalité (sauf les charges testamentaires qui ne pouvaient peser que sur le quint des propres). En un mot, chaque héritier aux propres avait un titre universel en biens d'une certaine qualité à retirer de l'universalité de la succession dont il subissait les charges, selon la proportion de son titre universel à l'entière universalité.

81. Dans ce dernier état de la coutume et de son application, on ne reconnaissait donc pas et l'on ne pouvait reconnaître à l'héritier aux meubles, appelé en même temps à certains propres, le droit d'accepter la succession aux propres et de répudier la succession aux meubles; en conséquence, on ne pouvait admettre le père héritier aux meubles, et en même temps héritier aux immeubles situés dans la même coutume, qu'il avait donnés à son fils et devenus propres naissants dans la succession de celui-ci, à répudier la succession des meubles pour s'en tenir aux propres de retour; et l'on doit rejeter l'opinion de M. Merlin.

82. Par une conséquence ultérieure de tout ce qui vient d'être dit à l'occasion de l'ancien droit, concluons, quoi qu'en disent les auteurs, que sous le Code Napoléon, dont l'article 747 a été calqué sur l'article 313 de la coutume de Paris, aucun texte ne confère au donateur, qui en même temps est héritier ordinaire, le droit de répudier la succession ordinaire pour s'en tenir à la succession de retour, puisqu'elles ne font pas deux hérédités, et que la succession au retour n'est qu'une portion dans l'entière universalité.

83. En vain dirait-on que quand on a deux droits différents, il est permis de profiter de l'un et de négliger l'autre. Je me suis toujours défié de ces maximes générales, que je comprends fort bien dans les matières qui tiennent au droit naturel, comme dans l'exécution des obligations; mais dans la matière des successions qui sont de droit civil, je pense qu'on ne peut guère appliquer la maxime invoquée qu'à la faculté de ne pas réclamer ce que la loi nous accorde de spécial, et qu'elle est inap-

plicable à la faculté de faire notre condition meilleure, et d'aggraver les charges d'autrui en renonçant à la généralité de la succession. Comme on l'a dit plus haut, l'ascendant peut bien ne pas user du droit du retour, et y renoncer dans l'intérêt général de la succession, parce que le retour est pour lui une augmentation de part.....

Une augmentation de part..... Et c'est ici qu'il faut revenir aux idées qui ont dominé dans cette dissertation. Quand l'ascendant n'est pas appelé à la succession ordinaire, les termes scientifiques sont presque sans dangers; mais il en est autrement quand l'ascendant appelé à la succession est en même temps donateur : alors les termes scientifiques dont on s'est servi pour l'analyse troublent le raisonnement. On a donné un nom à chaque partie, on en a fait deux êtres séparés, et les termes analytiques joints à l'habitude de considérer les parties distinctement produisent l'effet de la chimie, qui sépare les éléments, impuissante à reconstituer la chose. N'oublions donc pas que ce n'est pas l'objet à recueillir qui fait l'héritier : c'est la vocation de la loi. N'oublions pas que l'ascendant appelé à la succession et qui y trouve un objet donné par lui n'est pas deux fois héritier; il ne vient à la succession qu'une fois; il n'y vient qu'à un seul titre, à titre d'héritier; et si, accidentellement, la loi veut qu'un corps héréditaire vienne augmenter sa part, elle ne lui accorde ce bénéfice personnel qu'à titre d'héritier. Donc, ce bénéfice personnel est inséparable de la qualité d'héritier qui s'attache à la personne du père par la saisine *du tout* acquise, même à l'insu du père, à la mort de son fils : le père donateur et héritier ne peut donc pas se dessaisir de la qualité générale d'héritier sans se dessaisir de son droit sur les biens donnés, qui font tellement partie de l'hérédité qu'ils peuvent, ainsi que les autres biens, être absorbés par les dettes; de sorte, qu'indépendamment du dernier état de la coutume, le Code qui a adopté le système général des successions *ab intestat* en droit romain nous conduirait de lui-même à la maxime *unicum unius hominis patrimonium*.

84. En second lieu, on invoque l'intérêt d'affection pour la chose donnée.

Je comprendrais cet intérêt qui ferait répudier la succession générale et accepter le droit de retour quand la succession est mauvaise, si la chose donnée revenait au père exempte de dettes

et de charges comme dans le retour conventionnel..... Mais il n'en est pas ainsi. Il s'agit du retour légal.

Or quand la succession est obérée, qu'il y a plus de dettes que d'actif, est-ce que l'objet donné n'est pas grevé proportionnellement au delà de sa valeur? Quel est donc l'avocat qui osera donner le conseil d'accepter la succession de retour, en répudiant la succession ordinaire, à la charge par son client de payer une fraction de dettes qui en dépassera le prix? Aucun. Tout conseil éclairé résistera à cette marche, et répondra qu'il vaut mieux renoncer à tout, ou du moins n'accepter que sous bénéfice d'inventaire, et faire racheter dans la vente faite par les héritiers bénéficiaires ou par le curateur à la vacance, l'objet qu'on ne veut pas laisser entre des mains étrangères.

Et puis, entrons un peu dans nos mœurs. Quels sont les biens d'affection qu'un père donne à son fils sans stipuler le retour conventionnel? Je n'en connais guères. Les donations ordinaires en avancement d'hoirie portent le plus souvent sur des sommes d'argent et des valeurs mobilières, qui ne sont pas susceptibles d'une valeur d'affection. Si un père donne des immeubles sans stipulation de retour, c'est qu'il a voulu que son fils pût les hypothéquer et les vendre suivant le besoin de ses affaires. Il n'éprouvait donc pas cet intérêt d'affection au temps de la donation; car, quand on veut que l'enfant conserve, on sait pourvoir à la conservation des biens. S'il ne l'éprouvait pas alors, comment cet intérêt d'affection naîtrait-il si tardivement? Pourquoi donc considérer comme une cause d'acceptation de partie d'une succession et de renonciation à la partie principale, un intérêt imaginaire d'affection pour un bien que le donateur a mis volontairement hors de ses mains sans les formes conservatrices?

85. En troisième lieu, on prétend qu'un ascendant peut avoir intérêt à éviter un rapport à succession; argument qui paraît plus sérieux.

On suppose donc que l'ascendant originairement donateur est devenu depuis ascendant donataire; que pour retenir son don, il renonce à la succession générale, et que pour cumuler avec son don le droit de retour qu'il a à exercer sur l'immeuble par lui donné, il accepte expressément la succession privilégiée en répudiant la succession ordinaire..... Voilà bien l'hypothèse. Or, qu'on le demande à ceux qui ont vieilli dans les affaires, dans quelle espèce l'a-t-on jamais rencontrée? Quels exemples

les jurisconsultes de cette opinion en pourraient-ils donc alléguer? Depuis quand les pères et aïeuls qui ont fait des donations à leurs enfants ou petits-enfants, se sont-ils trouvés enrichis ensuite par les libéralités de leurs enfants donataires primitifs? Depuis quand les parents donateurs éprouvent-ils donc la crainte d'avoir des rapports à faire à la succession des enfants donataires, subitement devenus donateurs excessifs? — Certes, il y a des enfants dont la pieuse tendresse ne souffre pas que l'aisance viagère de leurs parents diminue : cela est dans l'ordre de la nature et se rencontre fréquemment!.... Mais qu'on nous montre donc des enfants qui, après avoir été dotés par leurs parents, viennent les doter à leur tour au détriment de leur postérité, afin qu'à la mort du père ou de l'aïeul, les biens par eux donnés à ces ascendants tombent en partage, dans la succession de ceux-ci, entre les neveux ou cousins germains des donataires aussi indiscrètement pieux envers leurs grands parents! Disons-le hardiment : pareilles hypothèses ne se réaliseront pas, parce qu'elles ne sont pas dans la nature.

86. Il faudra bien admettre, me répondra-t-on, que si les enfants donateurs entre-vifs envers leurs parents sont rares, on en trouve du moins qui, mourant sans postérité, disposent en faveur de père, mère ou aïeul; et que l'article 843, qui contraint l'héritier au rapport sans qu'il puisse réclamer le legs à lui fait tant qu'il n'y a pas de préciput exprimé, s'applique à la ligne ascendante comme à la ligne descendante et à la ligne collatérale. — Je l'admets, quoiqu'il soit bien rare alors que l'enfant donateur n'exprime pas du tout la préférence. Ainsi je tombe d'accord que s'il y a deux ascendants dans la même ligne venant ensemble à la succession, l'ascendant légataire (qui autrefois a été donateur et dont le legs se retrouve dans la succession) peut préférer son legs à ce qui lui est échu dans la succession *ab intestat*, pour n'exercer que son droit testamentaire. L'article 845 lui sera applicable. Bien jusque-là, parce que l'ascendant légataire s'appuie sur le texte de l'article 845 du Code formant une exception précise à l'obligation du rapport que lui imposait l'article 843. De même qu'il a fallu un texte pour que l'héritier eût le droit de retenir le don à lui fait en avancement d'hoirie au moyen d'une renonciation à la succession; de même il faudrait un texte qui conférât à l'ascendant d'une manière précise le droit de renoncer à la succession ordinaire pour qu'il

pût s'en tenir à la succession de retour. Donc, on ne doit pas admettre que, s'il ne renonce pas à l'entière succession; il en puisse conserver une partie, fût-elle accidentelle. Donc on doit repousser de toutes ses forces cet abus qui, par une fausse analogie, voudrait transporter à la succession de retour ce que l'article 845 dit taxativement des donations et des legs. En laissant dans sa succession l'immeuble qu'il a reçu de l'ascendant, l'enfant n'a fait à l'ascendant aucune donation, aucun legs; seulement, l'enfant n'a pas aliéné. Si l'ascendant, qui se trouve héritier ordinaire, donateur et légataire, veut à la fois conserver le legs et le retour légal, l'article 845 lui conférera, en renonçant à la succession, le droit de réclamer le legs; mais il ne lui donnera pas le droit de réclamer ou de retenir la succession de retour par l'effet de cette renonciation. Sa renonciation doit donc être pure et simple s'il veut recueillir le legs; mais par l'effet même de cette renonciation, il n'aura pas le droit de retenir l'immeuble de retour, qui n'est lui-même qu'une portion de succession.

87. Pour quatrième argument, on nous dit qu'en répudiant la succession ordinaire, tout en acceptant la succession de retour, l'ascendant peut vouloir avantager un parent plus éloigné auquel cette succession ferait dévolution à son défaut. Par exemple un père qui, s'en tenant à la succession de retour et renonçant à la succession générale de son fils, voudra que ses autres enfants aient l'entière succession de leur frère, moins l'immeuble conservé par lui; ou un aïeul paternel qui voudra favoriser l'unique collatéral de la ligne paternelle, sans qu'il ait à payer des droits de donation.

Mais pourquoi donc être libéral à demi? Renoncez alors au tout. D'ailleurs, bien qu'il soit vrai que le fisc n'a pas le droit de sonder les motifs d'une renonciation, il est tout aussi certain que la faculté de renoncer n'a pas été introduite pour cacher les dispositions de biens ni pour faire fraude aux droits du fisc. Elle n'a été établie que pour favoriser l'application du principe *N'est héritier qui ne veut*. Si les biens sont alors dévolus à d'autres, ce n'est point par l'effet de la volonté du renonçant, mais par l'effet même de la loi. L'intérêt que l'on invoque ici ne pourrait donc être avoué ni invoqué devant les tribunaux. Il ne peut donc servir de base légitime au système de l'acceptation partielle.

88. Il n'y a qu'un cas qui produise un doute raisonnable : quand l'ascendant, comme un aïeul, accepte la succession de retour, bien qu'il sache la succession obérée, ou croyant même qu'elle ne l'est pas, et que son fils, frère du donataire, effrayé des dettes, vient plus tard à renoncer à la succession ordinaire : l'effet rétroactif de la renonciation de l'aïeul, s'il n'y a ni frères ni sœurs du défunt, fait que, dès l'époque du décès, tout a appartenu à l'aïeul et aux collatéraux ; et dès lors, sans s'y être attendu, l'aïeul va être tenu de la moitié des dettes, s'il est seul héritier dans sa ligne, et de la totalité même, s'il n'y a aucun parent dans l'autre ligne. — L'humanité semble alors plaider en faveur de l'ascendant donateur, qui ne devait supporter l'excès des dettes que dans le rapport de la chose à la masse générale de l'actif, et qui, par le fait postérieur de son fils, se trouve ainsi chargé en plus de l'excès des dettes dans la mesure de la portion de succession ordinaire qui lui est dévolue par la renonciation de son fils. Il est favorable, parce qu'il avait consenti à une perte légère, et qu'il en souffre fortuitement une plus grande. Sur ce point, on peut invoquer l'autorité de Laurière sur Loisel, qui pense que c'est à cette espèce qu'il faut appliquer la règle de deux patrimoines dont Loisel a parlé au n° 12 du tit. 5 du liv. II de ses *Institutes coutumières.*

Néanmoins, nous croyons qu'il ne faut pas faire une exception pour un cas particulier : *Lex statuit de eo quod plerumque fit.* L'ascendant donateur, comme les autres héritiers, ne doit pas non plus accepter à la légère : il jouit des délais pour faire inventaire et délibérer ; il doit examiner si les autres héritiers acceptent ou non. Si la succession est obérée, pourquoi n'a-t-il pas pris le bénéfice d'inventaire ? Dans le cas du bénéfice d'inventaire, il n'aurait pas été exposé aux dangers qu'il a encourus par trop de précipitation.

L'ascendant n'est pas plus digne de pitié, dans ce cas spécial, qu'un héritier d'un autre ordre qui a légèrement accepté, croyant que ses cohéritiers en feraient autant, et qui voit ses cohéritiers renoncer l'un après l'autre et lui laisser la charge universelle des dettes : il n'est pas plus digne de pitié que l'héritier de la ligne paternelle, auquel se trouveraient dévolus les biens de la ligne maternelle, par suite de la renonciation des héritiers de cette autre ligne. Il faut donc, tant qu'on le peut, régler la succession de retour et ses effets comme la succession

ordinaire; il faut ne pas se créer des règles exceptionnelles. L'ascendant ne pourra revenir contre son acceptation que dans le cas de dol pratiqué contre lui, ou de diminution de moitié de la succession par la découverte d'un testament inconnu (art. 783), comme tout autre héritier, et son acceptation ne pourra jamais être partielle : c'est une vraie acceptation de succession, qui s'étend aux modifications que la succession peut subir par la répudiation d'autres héritiers. COIN-DELISLE.

(*La suite au cahier de janvier.*)

DU DROIT QUI APPARTIENT AU MARI SOUS LE RÉGIME DE COMMUNAUTÉ,

RELATIVEMENT A L'ACCEPTATION DES SUCCESSIONS ÉCHUES A SA FEMME.

Par M. V. Thiry, professeur à l'université de Liége (Belgique).

Lorsqu'il échoit à une femme mariée en communauté une succession, mobilière ou immobilière, qu'elle voudrait répudier, le mari peut-il l'accepter en son lieu, soit pour la pleine propriété, soit pour la jouissance? Telle est la question que je me propose d'examiner.

L'opinion généralement reçue est que le mari peut, de sa seule autorité et sans l'emploi d'aucune formalité, accepter les successions, échues à sa femme, sur lesquelles les conventions matrimoniales lui attribuent, soit un droit de propriété, soit un droit d'usufruit. Dans le premier cas, son acceptation porte sur la propriété même; dans le second cas, elle n'a trait qu'à la jouissance. Cette doctrine est celle de Chabot, *Commentaire sur les successions*, article 776, nos 3 et 4; — Toullier, vol. II, part. 2, n° 318, édition de Duvergier; — Delvincourt, t. II, p. 82, notes; — Vazeille, *Successions*, article 776, n° 3; — Demante, *Cours analytique*, t. III, p. 162; — Duranton, *Successions*, n° 424; — et Taulier, *Théorie du Code civil*, t. III, p. 225.

Cette opinion, qui trouve son application ordinaire dans l'hypothèse où les époux sont communs en biens, peut aussi se

produire dans le cas où ils sont mariés sous le régime d'exclusion de communauté ou sous le régime dotal. Mais, les auteurs ne traitant la question qu'au point de vue de la communauté, je ne m'en occuperai également que dans la supposition de l'existence de ce régime, d'autant plus que l'argumentation reste la même dans tous les cas.

Cette manière de voir se défend par les motifs suivants.

Raisonnant d'abord dans l'hypothèse d'une succession purement mobilière, on dit que le mobilier qui échoit aux époux pendant le mariage, par succession ou par donation, tombe en communauté, aux termes de l'article 1401 du Code civil. Lors donc qu'une succession de cette nature est dévolue à la femme, elle ne l'acquiert pas pour elle, mais pour la communauté. Que la femme puisse ne pas acquérir, qu'elle puisse même se dépouiller des biens qui seraient sa propriété exclusive, on le comprend aisément; mais qu'elle puisse en agir ainsi par rapport à des choses qui doivent appartenir à la société conjugale, c'est ce qui n'est point admissible. On ne voit pas comment, n'ayant qu'une propriété nominale de la succession, elle pourrait la répudier au préjudice de la communauté, véritable propriétaire.

Puisque, en réalité, c'est à celle-ci qu'appartient l'hérédité; il s'ensuit que le mari, administrateur de la société conjugale, et qui a sur les biens dont son actif se compose les pouvoirs les plus étendus, peut accepter, lorsque la femme ne veut pas le faire elle-même. Ce droit dérive de la qualité de chef que lui donnent les articles 1421 et suivants du Code civil.

Ne pas admettre cette doctrine, ce serait reconnaître à la femme le droit de préjudicier à la communauté, d'aliéner les biens communs sans l'autorisation maritale. En effet, tout héritier acquiert de plein droit les successions qui lui sont dévolues, sans qu'aucun acte, aucune manifestation de volonté soit pour cela nécessaire; ainsi le décide l'article 724. Dès le moment de l'ouverture de l'hérédité mobilière, la femme, ou plutôt la communauté, de son chef, en est devenue propriétaire. La renonciation faite par la première aurait donc pour résultat d'enlever cette propriété à la seconde. Or la femme ne peut porter aucune atteinte aux droits de la communauté sans l'autorisation du mari; et qu'on ne dise pas que l'autorisation judiciaire peut y suppléer, car on répondrait que les actes accom-

plis par la femme avec l'autorisation de justice ne peuvent jamais nuire à l'association, comme cela résulte de l'article 1426 sous les modifications de l'article 1427. Elle ne peut donc renoncer de cette manière à la succession mobilière qui lui serait échue, puisque cet acte aurait pour effet d'enlever à la communauté une propriété qui lui est acquise. Ainsi les principes ordinaires sur la capacité de la femme mariée sont modifiés ici par leur combinaison avec les règles de la communauté.

Il en serait de même dans les cas où l'acceptation est nécessaire pour faire acquérir, comme, par exemple, dans les successions irrégulières : le mari peut, en qualité de chef de la communauté, accepter une succession de ce genre échue à sa femme, puisque c'est la communauté qui doit en profiter.

Ce qui prouve surtout, dit-on, que le mari a ce droit, c'est l'article 818 du Code civil, qui lui permet d'intenter seul l'action en partage définitif ou provisionnel, selon que les biens tombent en communauté pour la propriété ou pour l'usufruit. Or l'exercice de cette action comporte adition d'hérédité. Si donc le mari peut l'exercer, c'est évidemment qu'il a le droit d'accepter.

En même temps, les auteurs reconnaissent que la femme ne pourrait être personnellement obligée aux dettes héréditaires, ni tenue des obligations existant entre cohéritiers. Elle ne serait tenue des dettes que comme femme commune, et pourrait s'en décharger en renonçant à la communauté.

Si la succession, au lieu d'être mobilière, était composée à la fois de meubles et d'immeubles, ou même si elle était purement immobilière, on enseigne, en se fondant sur des motifs analogues à ceux ci-dessus exposés, que le mari aurait encore le droit de l'accepter pour la propriété, en ce qui concerne les meubles, et pour la jouissance en ce qui concerne les immeubles (Voy. MM. Duranton, n° 427 ; Demante, t. III, p. 163; Vazeille, art. 776, n° 3, etc., etc.).

Telle est l'opinion accréditée, et l'on ne peut disconvenir qu'elle ne se présente sous des couleurs assez séduisantes. Je suis loin toutefois d'être convaincu de son exactitude. Je pense au contraire que, sous prétexte d'accorder certains principes, elle en fait une fausse application ; je crois fermement que le mari ne peut, de sa seule autorité, accepter les successions échues à sa femme, et je vais essayer de le prouver, en com-

mençant par rechercher quelle était, sur ce point de droit, la doctrine reçue dans l'ancienne jurisprudence, car plusieurs des auteurs cités plus haut l'invoquent en faveur de leur sentiment.

On peut affirmer que la théorie aujourd'hui dominante n'y était point admise. Il n'est, à ma connaissance, qu'un seul auteur qui l'ait adoptée : c'est Pothier, qui, dans son *Traité des successions*, chap. 3, § 2, s'exprime ainsi :

« La succession déférée à une femme mariée doit être par » elle-même acceptée, et elle doit être pour cela autorisée de » son mari, ou sur le refus du mari par le juge.

» Si elle refusait de l'accepter, le mari qui aurait intérêt » qu'elle soit acceptée, parce que le mobilier doit tomber en » communauté, pourrait à ses risques l'accepter sur le refus » de la femme, qui ne peut s'en abstenir en fraude des intérêts » de la communauté du mari. »

Ce passage est très-vraisemblablement la source de la théorie que les interprètes du Code civil ont fait prévaloir.

Il s'en fallait de beaucoup, cependant, qu'il reproduisît un principe généralement admis par les anciens auteurs, une de ces règles incontestées, au-dessus des controverses. Bien au contraire, Pothier, dans l'extrait que je viens de transcrire, s'écartait de la doctrine professée par tous les autres jurisconsultes.

En effet, Lebrun s'exprime tout autrement, *Traité de la communauté*, liv. 2, chap. 2, nos 36 et 37 :

« Un mari peut-il, sans la participation de sa femme, re- » noncer à une succession qui lui est échue? Il est certain qu'il » ne le peut pas, si la succession est immobilière ; que si elle » est mobilière, il faut encore répondre de même, parce qu'une » succession mobilière est une universalité de meubles qui » passe pour quelque chose d'immobilier.

» Je n'estime pas que la femme dont le mari a accepté une » succession mobilière ou immobilière pour elle et en son nom, » mais sans sa participation, soit obligée de prendre des lettres » de rescision. La raison en est que, dans tout ce que fait le » mari au préjudice des propres de sa femme, et qui peut les » charger et hypothéquer sans son consentement, il y a nullité » de plein droit, ainsi les lettres ne sont pas nécessaires..... » C'est pourquoi, dès que les créanciers de la succession s'a- » dressent aux propres de la femme, elle peut renoncer sans

» autres formalités. Il y a plus, car cette renonciation soulagera » la communauté du poids des dettes de la succession, le mari » rendant ce qu'il a touché des effets et des revenus, car il y » a faute des créanciers de n'avoir pas fait parler la femme » dans cette acceptation : *et ils devaient savoir que l'acceptation » d'une succession échue à la femme, dépend d'elle, et que l'ac- » ceptation du mari ne suffit pas.* »

Il résulte de cet extrait, qu'au sentiment de l'auteur, la femme n'est pas obligée sur ses propres par l'acceptation du mari, ce qui ne pouvait guère être douteux; de plus, que malgré cette acceptation, la femme conserve le droit de renoncer; et si elle en use, la communauté est tenue de restituer ce qu'elle a reçu de la succession, mais est libérée des dettes héréditaires. C'est dire on ne peut plus clairement qu'à la femme seule appartient la faculté d'accepter ou de répudier, et que le mari n'a pas qualité pour prendre, de son autorité privée, l'un ou l'autre de ces deux partis. Cette idée est très-nettement exprimée dans la phrase finale.

Au *Traité des communautés ou sociétés tacites*, chap. 3, n° 2, le même auteur, après avoir décidé que les meubles échus par succession à l'un des associés entrent dans la société, ajoute :

« Mais chaque associé doit accepter la succession qui lui » échoit, et cela n'est pas à l'arbitrage du maître de la commu- » nauté ou société, s'il n'a pas reçu une procuration spéciale » à cet effet, suivant la loi 2, Dig., *De offic. procurat. Cæsar.;* » ce qui a lieu tant en fait de succession mobilière que de suc- » cession d'immeubles, *à l'exemple des successions qui échéent » à la femme durant la communauté, que le mari ne peut accep- » ter sans le consentement de sa femme.* »

Guy Coquille décide également que les successions de meubles échues à la femme, ou à l'un des associés dans les sociétés taisibles, ne peuvent être acceptées que par la femme elle-même ou par l'associé, et nullement par le mari ou par le chef de l'association. (Art. 9, *De la coutume de Nivernais.* — *Questions sur les articles des coutumes*, n° 97.)

C'est aussi l'opinion de Furgole, *Testaments*, ch. 10, sect. 1re, n° 36.

« Le mari, dit-il, ne pouvant par son fait obliger valable- » ment sa femme, suivant la rubrique du Code *ne uxor pro » marito*, etc., encore moins lorsqu'il s'agit de biens dotaux...,

» il est clair que l'adition faite par le mari d'une hérédité dé-
» férée à sa femme ne peut l'assujettir ni l'obliger irrévocable-
» ment aux charges héréditaires, *ni l'empêcher de répudier, ce*
» *qui est observé quand même la femme serait commune en biens*
» *et que l'hérédité déférée à la femme devrait entrer en commu-*
» *nauté*, etc. »

Chabot cite le passage de Furgole pour justifier l'opinion qui attribue au mari le droit d'accepter, mais sans pouvoir obliger la femme aux dettes héréditaires. Il me semble que le savant auteur s'est trompé ici : Furgole ne dit pas seulement que l'acceptation du mari n'oblige pas la femme, il dit aussi que cette acceptation ne *l'empêche pas de répudier*. Or, si elle peut répudier, sa répudiation l'emporte sur l'adition du mari ; elle l'efface et l'annule. Dans l'opinion de Furgole, c'est à la femme qu'il appartient de prendre parti et nullement au mari.

Cette doctrine a été consacrée par un arrêt du parlement de Paris, rapporté par Louet, lettre M, n° 25. Cet arrêt a jugé que la femme ne pouvait être tenue par suite d'une acceptation donnée par son mari à laquelle elle n'avait pas participé, et qu'en conséquence elle pouvait renoncer encore. Il a jugé en même temps que le mari devait restituer ce qu'il avait reçu, sans être tenu au delà, ce qui montre bien qu'à son égard, tout autant que vis-à-vis de la femme, son acceptation était dénuée d'effet.

Enfin, je trouve la même opinion reproduite dans le *Dictionnaire des arrêts* de Brillon, v° *Héritier*, n° 9.

« Nous savons, y est-il dit, que par une vaine subtilité de
» droit, on dit que le mari est *quodammodo heres*, en ce qu'il
» profite des meubles qui tombent dans sa communauté. Mais
» nous ne nous arrêtons pas à ces interprétations subtiles. Le
» mari est étranger aux successions qui appartiennent à sa
» femme ; il faut le degré pour succéder. Tous ceux à qui le
» degré manque ne peuvent concevoir la volonté d'être héritier,
» et par conséquent ils ne sont jamais dans le cas d'en faire les
» actes. L'acte d'héritier suppose la capacité, et ils ne l'ont
» point. D'ailleurs autre chose est de profiter d'une somme *titulo*
» *mariti*, autre chose est de se l'approprier *animo heredis*. »

Ces citations démontrent clairement que la doctrine de Pothier était bien loin d'être dominante dans l'ancienne jurisprudence. Il est vraisemblable que si cet auteur si judicieux, au lieu de l'énoncer sans prendre la peine de l'établir, s'y était

quelque peu arrêté, s'il avait laissé son esprit d'ordinaire si exact se poser sur la difficulté au lieu de l'effleurer en passant, il serait arrivé à une solution différente et n'aurait pas troublé l'accord existant entre les docteurs.

Ce qui fait voir d'ailleurs que Pothier n'a pas approfondi la matière, c'est que, dans le même chapitre, section 5, § 1er, il enseigne *que le mari peut répudier une succession déférée à sa femme qui ne consisterait qu'en mobilier*. Or c'est bien certainement là une erreur; car le mari ne peut pas empêcher sa femme d'accepter avec l'autorisation de justice, puisqu'il ne souffrira jamais de cette acceptation. Ce point était hors de doute autrefois comme il l'est encore aujourd'hui, d'après l'article 1416, alinéa 2.

S'il est constant que, dans l'ancien droit, le mari ne pouvait accepter de sa seule autorité une succession même mobilière dévolue à sa femme, pour prouver que le même principe doit encore être suivi, il suffirait peut-être d'établir que les règles de notre Code sur l'acceptation et la répudiation des successions, sur l'autorisation maritale et sur l'administration de la communauté, sont les mêmes que celles qui étaient consacrées par la généralité des coutumes, et notamment par la coutume de Paris, qui servait de droit commun. On peut même dire qu'une démonstration à cette fin serait superflue. Qui ne sait, en effet, que notre article 724, qui fait acquérir la succession de plein droit aux héritiers, n'est que la reproduction de l'article 318 de la coutume de Paris : *le mort saisit le vif*, etc.? que l'article 775 est calqué sur l'article 316 de la même coutume : *il ne se porte héritier qui ne veut?* que la femme ne pouvait, pas plus autrefois que de nos jours, agir sans l'autorisation du mari ou de justice, et qu'en conséquence l'article 776 est encore emprunté à l'ancienne jurisprudence? Qui ignore enfin que les principes sur la composition et l'administration de la communauté, sur les pouvoirs du mari, etc., ont été puisés dans les coutumes, sauf quelques modifications sans importance pour la question que je discute? Ce sont là des vérités élémentaires. S'il est donc incontestable que le droit actuel offre une parfaite conformité de principes, sur toutes ces matières, avec le droit antérieur, ne suis-je déjà pas autorisé à conclure que la question qui fait l'objet de ce travail doit être résolue aujourd'hui de la même manière qu'elle l'était autrefois; que les mêmes

règles doivent donner une solution identique; en un mot, qu'il ne peut dépendre du mari seul d'accepter des successions auxquelles sa femme est appelée? Certes on ne peut nier que cet argument historique ait une grande valeur.

Je ne crois pas cependant devoir m'en tenir là. Il serait possible, après tout, que les anciens auteurs eussent fait une application erronée des principes, tout aussi bien que les modernes que je combats; et s'il en était ainsi, il faut reconnaître que leur autorité serait sans force. Je vais donc examiner si leur doctrine est en harmonie avec les règles du droit, si elle se concilie avec les dispositions du Code civil. Jusqu'à présent, j'ai toutefois prouvé que les auteurs qui, en faveur de l'opinion généralement admise, invoquent l'ancienne jurisprudence, sont à côté de la vérité. Je commencerai par soumettre à cet examen les principes qui régissent l'acceptation des successions; puis je rechercherai s'ils subissent quelque altération, quelque modification, par leur combinaison avec les règles de la communauté.

C'est un principe au-dessus de toute contestation que, pour pouvoir valablement accepter ou répudier une succession, il faut qu'on y soit appelé, qu'on soit héritier. On ne conçoit pas même qu'il en puisse être autrement : le sens commun lui-même nous dit qu'on ne peut accepter ou refuser que ce qui est offert. Or une succession n'est déférée, n'est offerte qu'aux héritiers. Que pourrait acquérir par l'acceptation celui qui ne l'est pas, en supposant que l'acceptation fasse acquérir? Et si, comme beaucoup de jurisconsultes le pensent, l'acquisition ne fait pas acquérir; si elle n'a pour résultat que de consolider l'acquisition qui s'est opérée de plein droit en vertu de l'article 724, comment l'acceptation du mari peut-elle consolider une acquisition qui ne s'est point opérée en sa personne? Ainsi, soit que l'on considère l'acceptation comme la condition de l'acquisition, soit qu'on l'envisage seulement comme un moyen de la rendre irrévocable, toujours est-il, la raison le dit, qu'elle ne peut valablement émaner que de celui à qui la succession est dévolue, c'est-à-dire de l'héritier lui-même.

C'est là règle tracée dans les Pandectes. Celui qui était sous la puissance d'autrui, comme le fils de famille, l'esclave, ne pouvait accepter une succession que par l'ordre de celui sous la puissance duquel il se trouvait, parce que, comme disait la

loi 6, Dig., 29, 2 : « *Qui in aliena est potestate non potest invi-* » *tum hereditati obligare eum in cujus est potestate, ne æri alieno* » *pater obligetur.* » Cependant le père de famille qui avait l'héritier sous sa puissance ne pouvait pas accepter lui-même. Cela est prouvé par deux rescrits qui le permettaient en des cas exceptionnels. V. les lois 6, §§ 3 et 30. Dig., 29, 2, et Pothier, *Pandectæ*, lib. XXIX, tit. 2, n° 29.

L'article 776 du Code civil relatif à l'acceptation des successions échues à une femme mariée est rédigé de manière à confirmer ces principes. Il porte que « les femmes mariées » ne peuvent pas valablement accepter une succession sans » l'autorisation de leur mari ou de justice, conformément » aux dispositions du chapitre VI du titre *du mariage.* »

On voit d'abord par ce texte que c'est la femme elle-même qui accepte avec l'autorisation, sans qu'il y ait lieu de distinguer quant à la nature des biens dont la succession se compose, et que le droit d'accepter n'est nullement accordé au mari toutes les fois qu'il y a intérêt. C'était pourtant bien le lieu de le faire si on l'avait voulu.

On voit, en outre, que cet article 776 n'est qu'une application faite par la loi à la matière des successions du principe général contenu dans les articles 215 et suivants, d'après lequel une femme mariée ne peut acquérir, s'obliger, aliéner sans l'autorisation de son mari ou de la justice. Si l'article 776 exige cette autorisation pour qu'elle puisse accepter une succession, c'est que cette acceptation, en même temps *qu'elle fait acquérir*, ou du moins *qu'elle rend l'acquisition définitive,* soumet aussi la femme à *certaines obligations.* Cette disposition n'est donc qu'une pure application de la règle posée dans l'article 217.

Or si l'épouse a besoin de l'autorisation du mari ou de justice pour acquérir et s'obliger, s'il est certain qu'à défaut de cette formalité habilitante les actes qu'elle accomplirait seraient entachés de nullité, il est également certain que le droit d'autorisation attribué au mari n'emporte pas celui de se substituer à sa femme, d'agir pour elle, d'acquérir, d'aliéner, de s'obliger en son lieu et place. Si la femme a besoin du concours marital quand elle veut accomplir un acte juridique, elle n'en reste pas moins maîtresse de le faire ou de ne pas le faire ; et le mari qui peut refuser son consentement

lorsqu'elle le demande, ne peut la contraindre à agir lorsqu'elle s'y refuse, ni se substituer à elle pour l'action.

Eh bien! ce principe a la même force dans la matière des successions que dans toutes les autres matières : si la femme veut accepter, elle devra se pourvoir de l'autorisation maritale; mais si elle ne le veut pas, on ne pourra l'y forcer, ni non plus accepter pour elle.

Il résulte encore de l'article 776 que si le mari refuse son autorisation afin d'accepter, la femme pourra recourir à la justice pour se faire habiliter; l'article 1416, alinéa 2, le prouve de reste. Or les mêmes conditions générales, et notamment la même capacité, qui sont requises pour l'acceptation, le sont aussi pour la renonciation. Cela est tellement vrai qu'après les avoir exprimées dans la section première, la loi ne les répète plus dans la section suivante, où elle traite de la renonciation. On peut donc dire que si la femme peut accepter avec l'autorisation de justice, elle peut renoncer sous la même condition, et cela exclut la possibilité d'une acceptation donnée par le mari, car il ne peut accepter valablement une succession qui serait aussi valablement répudiée par sa femme! En d'autres termes si cette dernière peut renoncer, c'est que le premier ne peut accepter.

Les principes du Code sur l'acceptation, sur la répudiation et sur l'autorité maritale se concilient donc parfaitement avec la solution donnée par les anciens auteurs à la question qui fait l'objet de ce travail.

Mais cette solution se concilie-t-elle également avec les règles de la communauté consacrées par le Code civil? L'examen de ce point de droit me fait entrer dans un nouvel ordre d'idées et me place en face des principales raisons sur lesquelles s'appuie l'opinion adverse. Je vais les aborder franchement.

L'actif de la communauté, dit-on, comprend le mobilier et les fruits des immeubles qui échoient aux époux à titre de succession ou de donation, selon l'article 1401. Ainsi la succession dévolue à la femme appartient, dès son ouverture, à la communauté, soit pour la propriété, soit pour l'usufruit, puisque c'est dès ce moment qu'elle est acquise aux héritiers. D'un autre côté, aux termes des articles 1421 et suivants, le mari est administrateur des biens avec les pouvoirs les plus étendus, tandis que la femme n'y a aucun droit, ne peut en disposer, ne

peut enfin, par aucun de ses actes et même avec l'autorisation judiciaire, porter aucune atteinte au patrimoine commun, et conséquemment ne peut le priver des biens compris dans la succession.

Cela posé, on peut m'objecter que l'assimilation complète que j'établis entre l'acceptation et la répudiation d'une hérédité est inexacte. Que la femme puisse accepter, avec l'autorisation de justice, à défaut de celle du mari, on le comprend aisément; car celui-ci n'a aucun intérêt à l'en empêcher, puisque les dettes et charges héréditaires ne grèveront la communauté que jusqu'à concurrence des biens, et que les créanciers ne pourront, pour le surplus, poursuivre leur payement que sur la nue propriété des propres de la femme, en sorte que la caisse commune ne souffrira jamais de cette acceptation. Elle pourrait, au contraire, se trouver lésée par la renonciation qui lui enlèverait des valeurs sur lesquelles elle a pu compter. D'ailleurs, la permission étant acquise à la femme dès l'instant du décès, c'est à ce moment que la communauté en est devenue propriétaire, et la renonciation postérieure constituerait une véritable aliénation de biens communs que la femme ne peut faire sans le consentement du mari.

Il me semble que ce raisonnement contient à la fois du vrai et du faux. Je reconnais sans difficulté que la femme ne peut, fût-elle pourvue de l'autorisation judiciaire, porter aucune atteinte aux droits de la communauté sur les biens qui y sont entrés, même de son chef : mais je ne crois pas qu'il soit permis d'en conclure qu'elle ne peut, avec cette autorisation, renoncer à une succession qui lui est déférée. Je pense que le principe cité ne doit s'appliquer qu'aux biens définitivement, irrévocablement acquis à la communauté, et non à ceux dont l'acquisition est seulement ébauchée, et ne peut se parfaire, se consommer que par un acte personnel de la femme, ni même à ceux qui seraient déjà acquis, mais sous une condition résolutoire consistant dans un fait du même genre.

Quel est, en effet, le mobilier qui tombe dans l'actif commun? C'est, indépendamment de celui que les époux possédaient au temps du mariage, celui qu'ils acquièrent pendant leur union, à n'importe quel titre. La condition essentielle pour que la communauté ait des droits, c'est que les biens sur lesquels ces droits doivent frapper soient *acquis* par l'un des époux; tant

qu'ils ne le sont pas, ou qu'ils ne le sont pas d'une manière irrévocable, définitive, son droit n'existe pas, ou n'est que précaire. Lorsque l'un des époux acquiert des biens sous une condition suspensive ou résolutoire consistant dans un fait personnel de sa part, la communauté ne peut avoir qu'un droit conditionnel, et celui de qui la condition dépend est maître de la faire arriver ou de la faire défaillir, parce que quand le droit est entré dans l'actif de la société, il n'y est entré que subordonné à cette condition. La communauté n'a donc pas à se plaindre si la femme agit de façon à empêcher la réalisation de l'acquisition, ou de façon à la résoudre; elle n'a pas à se plaindre, car elle a dû s'attendre à cette éventualité, puisqu'elle n'a jamais eu qu'un droit imparfait, conditionnel, portant en lui-même le germe de sa dissolution. On sent parfaitement la différence immense qui existe entre le cas où la femme viendrait à aliéner une chose qui est entrée de son chef et d'une manière irrévocable dans le domaine de la communauté, et celui où, en accomplissant un fait personnel, que la loi laisse à sa disposition, elle empêche une acquisition de se réaliser ou de se consolider.

Je suppose qu'une donation de meubles ait été faite à une femme mariée, sous une condition suspensive consistant dans un fait qui lui est personnel; tant que la condition n'est pas remplie, la chose donnée n'appartient pas à la communauté, et personne ne soutiendra que le mari ait le droit de réaliser lui-même la condition, au lieu de la femme si elle s'y refuse, et sous prétexte que celle-ci ne peut porter atteinte aux droits de la communauté dont il est le chef.

De même, si la femme a acquis des meubles sous une condition résolutoire, consistant dans un fait personnel de sa part, il ne pourra pas l'empêcher d'accomplir la condition et de donner lieu à la résolution, sous prétexte que cela nuirait à la communauté, parce que le droit de la communauté n'était qu'imparfait, conditionnel, et qu'elle devait s'attendre à l'éventualité qui se réalise, Eh bien! de la même manière, la femme peut réaliser, avec l'autorisation de justice, la condition résolutoire qui consiste dans la renonciation à la succession, et si elle le fait, les droits de la communauté sur cette succession s'évanouissent.

Il faut donc admettre une différence entre les choses qui sont

entrées définitivement dans le domaine de la communauté, sur lesquelles elle a un droit parfait, irrévocable, acquis du chef de la femme, et celles sur lesquelles elle n'a acquis, du même chef, qu'un droit imparfait et conditionnel. Quant aux premières, la femme ne peut porter aucune atteinte aux droits de la société qu'avec l'autorisation du mari : à celles-là s'applique l'article 1426 ; quant aux secondes, elle peut avec l'autorisation judiciaire accomplir un acte, un fait qui entraînera la résolution de ces droits, parce qu'ils n'ont été acquis à la communauté que sous la réserve de la possibilité d'une telle éventualité. Au moyen de cette distinction, la décision des anciens auteurs se concilie fort bien avec les règles de la communauté.

L'argument que l'opinion contraire déduit de l'article 818 du Code civil me paraît bien moins sérieux encore que les raisons qu'elle emprunte aux principes de la communauté. En effet, quand cette disposition accorde au mari le droit d'intenter l'action en partage, soit définitif, soit provisionnel (selon que la succession échue à la femme se compose de biens tombant en communauté pour la propriété ou pour la jouissance), elle suppose naturellement que l'hérédité a été acceptée antérieurement par qui de droit, et conformément aux règles tracées dans la section première du chapitre 5. Elle est étrangère à la matière de l'acceptation, comme l'indique l'endroit où elle se trouve placée, et partant, elle laisse intacte la question de savoir qui a qualité pour accepter ou pour répudier la succession. Ce qui prouve d'une manière péremptoire que le droit d'intenter cette action ou d'y défendre ne doit pas se confondre avec celui d'accepter l'hérédité, ce sont les articles 461, 464 et 465 du Code civil. Le premier porte que le tuteur ne peut accepter une succession échue au mineur qu'avec l'autorisation du conseil de famille ; les deux autres exigent la même condition pour intenter l'action en partage. Ainsi deux autorisations sont nécessaires, l'une pour l'adition d'hérédité, l'autre pour provoquer le partage ; ce qui fait voir qu'il s'agit bien de deux choses distinctes, de deux actes différents. En outre l'article 465 dispense le tuteur de cette autorisation pour défendre à l'action en partage ; cela suppose nécessairement que la succession a été précédemment acceptée, sinon le tuteur procédant au partage en suite de l'action des cohéritiers du mineur, ferait par là adition d'hérédité, ce qui, aux termes de l'article 461, ne peut avoir lieu sans

autorisation; l'article 465 suppose que la succession a été acceptée, ou bien il se trouve en contradiction avec l'article 461. — Ainsi, quand la loi accorde au mari l'exercice de l'action en partage de successions échues à la femme, elle présuppose l'acceptation, et dès lors on ne peut conclure que celui auquel l'exercice de cette action est confiée ait aussi le droit d'accepter.

D'après ce qui vient d'être dit, il me paraît constant que ni les principes qui régissent l'acceptation des successions, ni ceux qui gouvernent la communauté conjugale, n'autorisent le mari à accepter *proprio motu* l'hérédité dévolue à sa femme et que celle-ci voudrait répudier.

L'examen auquel je me suis livré jusqu'ici n'aboutit, en quelque sorte, qu'à un résultat négatif, qu'à démontrer que le mari est, en règle, inhabile à accepter ou à répudier les successions auxquelles sa femme est appelée sous le régime de communauté.

Est-ce à dire que la femme pourra toujours, dans tous les cas, renoncer à des successions et que la justice devra toujours l'y autoriser au refus du mari? Adopter l'affirmative, ce serait, à nos yeux, aller beaucoup trop loin; ce serait reconnaître à la femme le droit de faire des renonciations frauduleuses et dans le but unique de nuire à la communauté, ce qui ne peut pas être. Il ne me semble donc pas douteux que la justice à laquelle la femme s'adresse pour avoir l'autorisation de renoncer puisse la lui refuser. Mais dans le cas de refus, quelle sera, par rapport à la succession, la position respective du mari qui veut l'accepter et de la femme qui voudrait la répudier?

Je crois que la solution de ces questions se trouve dans l'article 788 du Code civil, qui porte que les créanciers peuvent faire annuler la renonciation consentie par leur débiteur à leur préjudice, et qu'ils peuvent se faire autoriser par la justice à accepter la succession en son lieu et place.

Je ferai remarquer, en passant, que les auteurs qui attribuent au mari le droit d'accepter de sa seule autorité, argumentent de cette disposition; mais ils tombent dans une contradiction étrange : car, d'une part, ils invoquent cet article du Code, et d'autre part ils décident que le mari peut se passer de l'intervention de la justice. Cependant l'article cité ne donne pas un pareil droit aux créanciers; ils ont besoin de l'autorisation judiciaire.

Or il est évident que si la disposition invoquée peut s'appliquer au mari, cette application ne doit avoir lieu que sous les conditions déterminées au texte.

Je pense, en effet, que l'article 788 doit s'appliquer au mari. Il se trouve dans une position analogue à celle des créanciers : le contrat de mariage lui donne droit sur les biens que la femme acquerra pendant l'union conjugale, et le droit est même plus fort que celui qui résulte pour les créanciers, sur les biens de leur débiteur, de l'article 2093. On peut considérer le mari comme un créancier, et si les créanciers peuvent accepter une succession, au lieu de leur débiteur, pour exercer sur sa part leur droit général de gage, pourquoi le mari ne jouirait-il pas de la même faculté par rapport aux successions auxquelles sa femme est appelée et pour exercer sur sa part les droits appartenant à la communauté?

Mais quelles sont les règles à suivre pour faire une saine application à notre matière de l'article 788? quand la justice autorise-t-elle la femme à répudier la succession? quand, au contraire, autorise-t-elle le mari à l'accepter?

La femme peut avoir d'excellentes raisons pour renoncer; elle peut avoir un intérêt très-réel et très-légitime à sauvegarder. Je suppose, par exemple, qu'elle ait reçu du défunt une libéralité d'immeubles valant 20,000 francs, et que sa part dans la succession, qui est purement mobilière, soit à peu près égale ou même supérieure. Évidemment, elle a intérêt à renoncer pour conserver ses propres, tandis que le mari a, au contraire, intérêt à ce qu'elle accepte, puisque la part qu'elle recevra entrera en communauté. Or on ne peut raisonnablement soutenir qu'elle doive immoler son intérêt à celui de la communauté; on ne rencontre aucun texte qui lui impose ce sacrifice; il n'est pas de société qui exige de ses membres une telle abnégation de leur personnalité. Eh bien! dans cette situation, je crois que la justice devra accorder à la femme l'autorisation de renoncer qu'elle sollicite, et, dans ce cas, il ne pourra être question de permettre au mari d'accepter la succession.

Si, au contraire, la femme n'a pas d'intérêt sérieux et légitime à renoncer, tandis que le mari en a un à accepter, la justice refusera à la première l'autorisation de répudier et accordera au second l'autorisation d'accepter, conformément à l'article 788.

La justice aura donc à se prononcer entre ces deux intérêts; comme je l'ai dit, elle préférera l'intérêt légitime de la femme à celui du mari, parce que, outre les raisons indiquées ci-dessus, il est naturel et équitable de décider le conflit en faveur de la personne qui est appelée à la succession, qui a la qualité d'héritier, plutôt qu'en faveur de la communauté qui n'est appelée à recueillir les biens qu'indirectement, et en quelque sorte de seconde main.

Ainsi, et pour récapituler tout ce qui précède, quand la femme appelée à une hérédité aura un intérêt sérieux, légitime à la répudier, la justice lui en donnera l'autorisation, au refus du mari; lorsque cet intérêt n'existera pas et que la communauté sera intéressée à l'acceptation, elle accordera au mari la faculté d'appréhender la succession au lieu et place de la femme, conformément à l'article 788; et dans cette dernière hypothèse, le mari acceptant sera, quant aux dettes et obligations héréditaires, dans la position d'un créancier qui se substitue à son débiteur; tandis que la femme sera personnellement affranchie des conséquences d'une acceptation qui n'est pas son œuvre.

Je dois prévoir ici une objection qu'on ne manquerait pas de me faire : on dira que la théorie qui vient d'être exposée a pour conséquence de sacrifier l'intérêt de la communauté à l'intérêt personnel de la femme; que l'opinion généralement reçue aboutit à un résultat beaucoup plus équitable : car, en même temps qu'elle donne toujours au mari le droit d'accepter et de profiter ainsi des bénéfices de la succession, s'il y en a, elle libère la femme des obligations qui sont la suite de l'acceptation, du rapport, des dettes, etc.; en sorte que chacun des époux voit son vœu se réaliser.

Cette objection serait sérieuse si, comme elle le suppose, on n'avait à sauvegarder ici que les droits de la femme et ceux de la communauté. Mais il n'en est point ainsi. Il existe une troisième catégorie de droits qui doivent également être protégés, et auxquels une lésion ne peut être infligée que quand cela devient nécessaire pour éviter une injustice plus grande. Je veux parler des droits des cohéritiers et des créanciers de la succession, droits auxquels l'acceptation du mari au lieu et place de la femme vient apporter d'importantes modifications : je m'explique : aux termes de l'article 859 du Code civil, le rapport

des immeubles donnés à un héritier doit se faire en nature sous les exceptions déterminées par la loi. Or il est évident que, lorsque c'est le mari qui accepte la succession au lieu de sa femme, c'est lui qui est tenu de l'obligation du rapport; il est évident encore qu'il ne pourra pas rapporter en nature les immeubles que sa femme aura reçus du défunt, et que dès lors il devra le faire en moins prenant. Les cohéritiers devront se contenter de ce rapport anormal. Il est certain que c'est là une grave dérogation au droit commun, puisqu'elle peut empêcher l'égalité que la loi a voulu faire régner entre héritiers. En outre, en règle générale, une succession ne peut être acceptée pour partie; eh bien! l'acceptation du mari pourra encore entraîner des dérogations à ce principe : lorsque, par exemple, la succession sera à la fois mobilière et immobilière, lorsque surtout elle sera purement immobilière; elle sera acceptée par le mari pour la pleine propriété des meubles et pour l'usufruit des immeubles, et ne le sera pas pour la nue propriété de ces derniers!

Voilà d'importantes modifications aux règles ordinaires, qui viennent porter atteinte aux droits des cohéritiers, et l'on pourrait en grossir la liste.

Est-il juste en donnant au mari, toujours et dans tous les cas, la faculté d'accepter, et sous le prétexte d'accorder les intérêts de la femme et ceux de la communauté, est-il juste, disons-nous, de sacrifier les intérêts des tiers et de leur faire payer les frais d'une conciliation qui est pour eux chose indifférente?

Que le législateur n'ait pas reculé devant une dérogation au droit commun lorsqu'il s'agit d'empêcher une injustice, lorsqu'un débiteur renonce à une succession avantageuse, alors que ses créanciers attendent pour se faire payer les biens dont elle se compose; que ses créanciers aient alors la faculté d'accepter, cela se comprend; ce débiteur, en délaissant des biens avec lesquels il pourrait acquitter ses dettes, commet presque toujours une fraude, un dol, ou du moins une négligence grave équivalente au dol; que le mari obtienne la même faculté lorsque la femme n'a aucun intérêt à répudier la succession qui lui est échue, cela se comprend encore; car il s'agit d'empêcher une fraude nuisible à la communauté. Mais qu'on donne ce droit au mari, alors que la femme qui est héritière a un intérêt légitime à se dépouiller de cette qualité; que, dans cette hypothèse, on porte de graves atteintes aux droits des tiers, qu'on les rende

solidaires des conséquences du mariage de la femme, cela ne se comprend plus, et l'équité aussi bien que les règles du droit protestent contre une pareille décision.

Au contraire, la solution que nous avons développée est en harmonie avec tous les principes, de même qu'elle satisfait à tous les intérêts. V. THIRY.

ÉTUDES SUR L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE.

Par M. LAVIELLE, conseiller à la Cour de cassation.

(*Suite*[1].)

CHAPITRE III.

De l'abréviation des délais.

Le mois de novembre 1846, le gouvernement adressa aux Cours royales et à la Cour de cassation un projet de loi *sur l'abréviation des délais supplémentaires en matière civile et commerciale.*

Ce projet se composait de trois articles.

Le *premier* modifiait l'article 73 du Code de procédure civile relatif au délai des assignations données *hors de la France continentale.*

Le *second* abrégeait aussi les délais fixés par les articles 164 et 166 du Code de commerce pour le payement des lettres de change tirées d'un pays sur un autre, et le recours à exercer contre les tireurs et endosseurs. Le même article faisait subir des modifications analogues aux articles 373 et 375 du même Code de commerce relatifs à la faculté de faire le *délaissement* des navires *assurés.*

Enfin, le *troisième* article, plus spécial à la France, modifiait l'article 1033 du Code de procédure civile en ce sens qu'il abrégeait le délai de distance dans la proportion de *deux cinquièmes.*

Ce projet de loi, on le devine sans peine, était principalement

[1] V. t. X, Ve livraison, p. 436 et suiv., et VIe livraison, p. 546.

fondé sur la facilité, sur la rapidité nouvelles de nos communications de terre et de mer.

Il avait été provoqué par les conseils généraux du commerce et des manufactures.

Il fut accueilli favorablement par les compagnies judiciaires.

La Cour de cassation notamment en fit ressortir l'utilité, la nécessité, l'urgence, par l'organe d'une commission dont M. le conseiller *Pascalis*, alors premier avocat général, fut le rapporteur[1].

Son remarquable travail, adopté dans une assemblée générale de la Cour et imprimé par son ordre, approfondit en les éclairant toutes les questions qui naissaient du projet de loi.

Elles furent examinées à tous les points de vue : ils étaient multiples et complexes, surtout en ce qui touche nos relations internationales. Des études historiques, géographiques et commerciales devaient se combiner avec celles du droit français et des législations étrangères.

Notre honorable et savant collègue accomplit si dignement cette mission difficile, que ceux qui voudraient l'entreprendre après lui n'auraient, selon nous, rien de mieux à faire que de reproduire littéralement son exposé si complet, si logique, si heureusement développé; et c'est bien ce que nous n'aurions pas manqué de faire nous-même (son indulgente amitié nous l'eût pardonné) si notre sujet comportait une telle discussion; mais il nous enferme dans les limites de l'article 1033, restreint lui-même plus spécialement au délai des assignations en France.

Ainsi, en nous associant de nouveau à toutes les idées du rapporte de 1846 en ce qui touche les assignations, les lettres de change, les délaissements maritimes hors de la France continentale, nous bornerons notre examen à la question plus facile de savoir dans quelle mesure il convient de modifier l'article 1033 du Code de procédure civile.

Cet article est ainsi conçu : « Le jour de la signification ni celui de l'échéance ne sont comptés pour le délai général fixé

[1] Cette commission était ainsi composée, indépendamment de MM. les présidents : pour la chambre civile, MM. *Thil* et *Lavielle*; pour la chambre des requêtes, MM. *Troplong* et *Quénault*; pour la chambre criminelle, MM. *le baron de Crouseilhes* et *Rocher*. — MM. *Pascalis* et *Nicias Gaillard*, avocats généraux.

pour les ajournements, les citations, sommations et autres actes faits à personne ou domicile. »

« Ce délai sera augmenté d'*un jour à raison de trois myriamètres de distance,* et quand il y aura lieu à voyage ou envoi et retour, l'augmentation sera du double. »

Le projet de la Cour de cassation conservait la première disposition de cet article et ajoutait ensuite.... « Lorsqu'il y aura lieu, en matière civile ou commerciale, dans les cas prévus par les lois, décrets et ordonnances, d'augmenter un délai à raison de distance, l'augmentation sera d'un jour par *cinq myriamètres*, les fractions de moins de deux myriamètres et demi ne seront pas comptées; les fractions de deux myriamètres et demi et au delà augmenteront le délai d'un jour entier. »

Les *cinq* myriamètres par jour, au lieu de *trois,* avaient été proposés par le gouvernement et adoptés par toutes les autorités judiciaires et administratives qu'il avait consultées.

Cette modification était loin d'être excessive, même en 1846; elle semblait commandée par la force des choses, par le simple bon sens, la première de toutes les lois. Il ne fallait pas, en effet, de grands efforts de raisonnement pour démontrer que les distances étant abrégées, il était nécessaire d'abréger aussi les délais de ces distances; que l'une de ces abréviations entraînait nécessairement l'autre, ou que plutôt elles se confondaient dans une seule.

Eh bien! malgré l'évidence, la simplicité, la naïveté de cet argument, il n'a pu triompher encore ! Nous sommes, en 1857, sous la loi des distances de 1807, ou, pour mieux dire, sous l'arrêté du 25 thermidor an XI, régulateur officiel de ces distances; exactement comme si rien ne s'était passé dans notre pays depuis cette époque, comme si la vapeur et son application n'étaient pas encore découvertes, ou qu'elles eussent fini leur temps; en un mot, comme si pour aller de Paris à Bayonne, par exemple, il nous fallait reprendre le coche hebdomadaire de 1807.

La distance entre ces deux villes est de soixante-dix-huit myriamètres environ, soit *vingt-six jours* à raison de *trois myriamètres* par jour. On franchit aujourd'hui cette distance *en moins de vingt heures.*

Sans doute, la France entière n'est pas encore sillonnée de chemins de fer; il est même douteux que les embranchements

qui s'achèvent ou se projettent soient jamais assez multipliés pour pénétrer au sein de tous nos arrondissements, de tous nos cantons ruraux.

Il faut assurément tenir grand compte de cet état de choses; il faut, dans la computation des délais, prendre une moyenne raisonnable et aussi large que possible, afin de ne pas s'exposer à compromettre dans quelques cas, dans quelques lieux, les droits de la défense qui, partout et toujours, doivent être sacrés. L'inconvénient de trop longs délais s'efface auprès du danger de délais trop courts. Les premiers doivent prévaloir et former la règle générale, à moins de dresser une carte parallèle à celle des chemins de fer pour déterminer les délais, *selon les contrées;* distinction qui existait autrefois pour l'application du droit lui-même, mais qui n'est plus admissible, malgré certaines apparences d'équité, depuis que nous jouissons du grand et salutaire bienfait de l'*uniformité des lois.* Il ne faut y renoncer qu'à bon escient, ou plutôt il n'y faut jamais renoncer, surtout à propos des chemins de fer, car ils sont un argument de plus en faveur de cette égalité, de cette uniformité de législation, une des conquêtes les plus précieuses du nouveau droit sur l'ancien.

Mais, indépendamment des chemins de fer, on sait que *la vicinalité de terre* fait chaque jour en France de nouveaux progrès; il n'est peut-être pas un seul département qui, dans ces vingt dernières années, n'ait contracté des emprunts pour refaire ses routes et en ouvrir de nouvelles. Celles qui conduisent au chemin de fer ont la préférence; partout on cherche à l'atteindre au plus vite, comme une espèce de port d'embarquement et presque d'arrivée. Nous savons bien que cette merveilleuse rapidité n'est pas contagieuse : elle nous a rendus difficiles et quelque peu injustes pour les autres moyens de traction. Ils paraissent, néanmoins, avoir bien compris que s'ils veulent, non pas lutter, mais se mettre en rapport avec le *rail-way*, il faut lui emprunter, au moins, quelque chose de sa régularité et de son exactitude; aussi, et toute comparaison à part, il est certain qu'on apprend tous les jours et partout à marcher, à arriver. L'impulsion est donnée; chacun veut la suivre : on multiplie sur tous les points la facilité des communications; le voyageur à pied n'est plus qu'une rare exception : le temps qu'il gagne l'indemnise amplement de ses frais de route. Le

parcours de nos voitures à petite vitesse et à prix réduit dépasse encore la limite légale des distances, et, quand on arrive au chemin de fer, on les franchit en moins d'heures que la loi n'accorde de jours, ainsi qu'on l'a vu par l'exemple cité.

N'y a-t-il pas là une grande marge pour fixer un chiffre nouveau, pour sortir de celui de 1807, pour faire, en un mot, plus de trois myriamètres par jour? L'agriculture, le commerce, l'industrie, tous les intérêts sociaux, profitent à l'envi de cette heureuse rapidité de communication. Pourquoi l'administration de la justice serait-elle seule exclue de ce bienfait? Pourquoi lui refuser plus longtemps le moyen certain, la satisfaction légitime d'abréger les délais, c'est-à-dire les procès, de sauvegarder des droits que les lenteurs compromettent? Pourquoi la retenir en arrière d'un demi-siècle et la perpétuer dans cet état d'anachronisme qui devient tous les jours plus funeste, plus étrange, plus inexplicable? Ici, en effet, ne pas marcher, c'est reculer; c'est violer l'esprit de l'ancienne loi que d'en conserver le texte. Elle sollicite elle-même ce changement; ce sera lui obéir que de la mettre en harmonie avec les nécessités et les intérêts nouveaux.

Ah! si le législateur de 1806 avait eu les chemins de fer! Nul ne peut dire ce qu'il en aurait fait pour sa politique; mais tenez pour certain qu'en matière civile, commerciale et criminelle, il aurait ordonné une procédure plus rapide que celle que nous osons à peine demander.

Mais elle existe déjà en plusieurs points, cette abréviation de délais; elle a été accordée par le législateur lui-même chaque fois que l'occasion s'est présentée.

Ainsi, dans la loi des faillites du 28 mai 1838, dans celle du 2 juin 1841 sur la vente judiciaire des biens immeubles, dans celle du 27 mai 1842 sur la saisie des rentes, etc., on a déjà porté de *trois* à *cinq* le nombre de myriamètres légalement parcourus dans un jour.

Il ne s'agit donc que de compléter ces précédents législatifs, de suivre la voie déjà tracée et de faire droit enfin par une loi plus générale aux vœux déjà anciens de la magistrature, de l'administration, de l'opinion publique, du gouvernement lui-même. Cette loi, en fixant d'une manière uniforme les nouveaux délais des distances, fera cesser les anomalies qu'on remarque dans nos Codes entre *cinq* et *trois myriamètres* par jour, et même

deux myriamètres et demi, qu'on retrouve notamment dans les articles 2185 du Code Napoléon et 165 et 205 du Code de commerce.

Elle mettra également un terme aux incertitudes de la jurisprudence en ce qui touche les *fractions des distances.*

Comment faut-il, en effet, calculer ces fractions?

L'article 1033 du Code de procédure civile ne s'en était pas occupé.

Le projet du gouvernement de 1846 s'en occupait pour dire *qu'il ne serait pas tenu compte des fractions.*

Le projet de la Cour de cassation disait, au contraire, comme on l'a vu, « *les fractions de moins de deux myriamètres et demi ne seront pas comptées ;* les *fractions de deux myriamètres et demi et au-dessus* augmenteront le délai d'un jour entier. »

Nous persistons à croire que cette modification est préférable à celle de l'ancien projet du gouvernement et au silence du Code.

Elle nous paraît plus libérale, plus conforme à la raison, à la justice, à l'adage quelquefois pratiqué en cette matière, et qui veut que *la plus forte fraction attire à elle la plus faible* [1].

On n'aura plus à distinguer, avec la jurisprudence, entre les délais du Code Napoléon et ceux du Code de procédure ; la règle sera la même pour l'un et pour l'autre.

« Assurément, disait M. *Pascalis* en terminant son rapport, la pensée d'assortir la mesure du jour à la mesure des fractions de distance, conduirait à de minutieux détails peu dignes de la loi et donnerait lieu à de sérieuses difficultés d'application. Mais lorsque la fraction de distance offre une certaine étendue, quand elle approche de cette mesure que réclame l'augmentation d'un jour, il pourrait y avoir injustice et il serait inconséquent de n'accorder aucune addition de délai ; l'accroître alors d'un jour, c'est se conformer à une règle d'équité, c'est résou-

[1] C'était le vœu de la loi 3 au Digeste, *De verbor. signif.*, et de l'article 11, titre 1er, de l'ordonnance de 1667. Dans les divers tarifs en matière civile et criminelle, on rencontre des dispositions dictées par le même esprit. Ainsi, dans le tarif criminel du 18 juin 1811, l'indemnité due aux médecins, chirurgiens, experts, interprètes, jurés, etc., est réglée par myriamètre et demi-myriamètre. — « Les fractions de 8 à 9 kilomètres, ajoute l'article 92, sont comptées pour *un myriamètre*, et celles de 3 à 7 kilomètres pour *demi-myriamètre.* » — La même disposition se trouve à peu près reproduite dans l'article 22 de l'ordonnance du 18 septembre 1833, sur le tarif des frais en matière d'expropriation pour utilité publique.

dre le doute en faveur du droit de défense : *Favores ampliandi, odia restringenda.* »

Cette faveur de la défense doit-elle nous faire contenter aujourd'hui de l'abréviation des délais proposée en 1846?

Il est bien certain que nous n'avons pas rétrogradé depuis cette dernière époque dans l'art d'abréger les distances; les chemins d'eau, de terre et de fer ont fait, au contraire, de nouveau progrès et pris d'immenses développements. Les distances actuelles ne correspondent déjà plus à celles de 1846, et les cinq myriamètres par jour alors proposés devraient nécessairement être augmentés, si l'on voulait suivre dans une proportion rigoureuse la mesure des progrès et des travaux considérables dont nous sommes les témoins. C'est un vœu que nous entendons souvent exprimer.

Toutefois, avant de l'accueillir complétement et de fixer à cet égard une règle invariable et définitive, ne serait-il pas plus sage de se borner à ce premier essai, à ce premier pas vers la réalité des faits nouveaux, sauf au gouvernement à décider plus tard, dans l'appréciation prudente et éclairée de ces faits et de leur progression, s'il est possible d'accorder sans danger une abréviation plus considérable?

Car, nous ne saurions trop le répéter, certaines parties de la France seront privées longtemps encore de chemins de fer, et ce sont précisément celles-là qui nous paraissent les plus dignes de l'intérêt du législateur, et qui doivent servir de type pour les autres, sous peine de tomber dans cette alternative déjà présentée comme inadmissible, ou de compromettre dans quelques lieux les droits de la défense, ou de mesurer les distances dans chaque département, dans chaque ressort, selon qu'il sera plus ou moins bien doté en communications faciles et rapides.

Ce délai des distances pour le plaideur assigné a dû être calculé largement. La loi elle-même a voulu qu'il fît un certain bénéfice de temps dans ce calcul, qui, pour d'autres cas, a été fait d'une manière plus exacte et plus rigoureuse.

Ainsi, voyez l'article 1er du Code Napoléon qui, pour la promulgation des lois, fixe la distance de Paris à chaque chef-lieu de département à raison, non de *trois*, mais de *dix* myriamètres par jour.

C'est qu'il n'y avait pas à considérer ici les difficultés du parcours ni le temps des recherches et des préparations de la défense; on se rapprochait davantage de la vérité, on calculait plus exactement les distances et le temps de les parcourir.

On a demandé à ce sujet si, pour conserver encore cette vérité entre les distances et les délais, il ne conviendrait pas d'augmenter aussi le nombre de dix myriamètres légalement parcourus dans un jour, alors surtout que les lignes ferrées se dirigent principalement sur les chefs-lieux qu'elles atteignent beaucoup plus vite.

Sans doute, il est d'une grande importance que les lois soient promptement connues et exécutées. Il en est même qui peuvent être promulguées d'urgence.

Mais ces cas sont précisément prévus et réglés par les ordonnances des 27 novembre 1816 et 18 janvier 1817 : « Dans les cas et les lieux où nous jugerons convenable de hâter l'exécution, porte l'article 4 de cette dernière ordonnance, les lois et ordonnances seront censées publiées et seront exécutoires *du jour qu'elles seront parvenues au préfet, qui en constatera la réception sur un registre.* »

On voit que cette ordonnance du 18 janvier 1817, qui est toujours en vigueur malgré les critiques dont elle a été l'objet, rend complétement inutile toute abréviation du délai des distances pour la promulgation des lois; dès qu'elles peuvent être rendues exécutoires, du jour même où elles parviennent au préfet, il n'y a pas à se préoccuper du mode de transmission et du temps de parcours. Le télégraphe électrique n'est-il pas encore venu abréger ce parcours? La vapeur a réduit les journées en heures; l'électricité a réduit les heures en secondes, ou, pour mieux dire, elle a supprimé le temps et l'espace [1].

Nous venons de parler du délai à raison des *distances* : quant au délai *ordinaire* de comparution, nul n'a jamais songé à l'abréger; *trois jours* pour comparaître devant le juge de paix (art. 51), — *huit jours* pour comparaître en première instance et en appel (art. 72 et 470 C. proc. civ.). Ce délai est à peine suffi-

[1] Nous avons vu récemment un pourvoi en cassation formé par dépêche télégraphique, ou, pour mieux dire, un mandat transmis pour le former le jour même où le délai expirait. On ne contesta pas, et on aurait, selon nous, mal à propos contesté la validité de ce pourvoi.

sant, et il a bien fallu compter un peu sur le *bénéfice* des distances et sur l'appréciation équitable des tribunaux, qui donnent rarement défaut le jour même de l'échéance du délai d'assignation.

Mais il s'est élevé quelques doutes sur le délai accordé pour attaquer des décisions déjà rendues soit par appel, tierce opposition, requête civile, cassation, etc.

Ce délai est, en général, de *trois mois* à compter de la signification de la décision attaquée à personne ou à domicile.

N'est-il pas trop long aujourd'hui? ne favorise-t-il pas l'esprit d'évasion et de chicane? Ne peut-il pas compromettre des intérêts légitimes? N'y aurait-il pas lieu, en un mot, de l'abréger aussi?

Cette question n'est pas entière pour nous, et dès l'abord nous rencontrons un précédent considérable qui a levé le doute en faveur de l'*abréviation*.

Voici à quelle occasion ce précédent s'est produit.

L'Assemblée de 1848 imagina de soumettre au Conseil d'État le règlement de la Cour de cassation, se réservant peut-être de faire reviser par la Cour de cassation le règlement intérieur du Conseil d'État?

Le garde des sceaux ne l'entendit pas ainsi [1] : loin de s'associer à cette pensée, il l'improuva hautement dans une lettre qu'il adressa, le 13 février 1849, au premier président de la Cour de cassation. « Je vous prie, lui disait-il dans cette lettre, de vouloir bien former au sein de la Cour une commission présidée par vous qui présentera un rapport sur les améliorations qu'on pourrait introduire dans la procédure suivie devant la Cour de cassation *de manière à abréger les délais et à simplifier les formes*, sans toutefois compromettre le grand intérêt de la justice. »

La commission fut nommée [2]; elle se réunit plusieurs fois : elle commença la rédaction d'un nouveau règlement; mais ce travail resta inachevé et jamais il n'a été repris. Serait-ce que le

[1] M. Odilon Barrot.

[2] Elle se composait, indépendamment de MM. le premier président et des présidents de chambre, de MM. *Renouard* et *Miller* pour la chambre civile; de MM. *Mestadier* et *Jaubert* pour la chambre des requêtes; de MM. *le baron de Crouseilhes* et *Rives* pour la chambre criminelle; de MM. *Nicias Gaillard* et *Glandaz*, avocats généraux. M. *Renouard* fut nommé rapporteur de cette commission.

règlement ancien parut satisfaire aux nécessités du service, appliqué selon les cas par la sagesse de la cour? Serait-ce qu'elle ne voulut pas livrer son règlement aux hasards des discussions parlementaires de cette époque? Quoi qu'il en soit, il subsiste toujours, et aucune plainte sérieuse, aucun motif légitime ne semblent en provoquer la réforme [1].

Les articles adoptés par la commission étaient successivement imprimés par les soins de son honorable rapporteur.

Parmi ces articles, on remarque le suivant : « Art. 6. — Le délai pour le pourvoi en cassation sera de *deux mois* francs (au lieu de trois) à compter du jour où la signification de la décision, objet du pourvoi, aura été faite à personne ou domicile. »

Cet article répondait au désir du garde des sceaux de voir *abréger les délais.* Mais son adoption n'était que provisoire, et jamais il ne fut soumis aux chambres assemblées. Auraient-elles sanctionné cette modification? N'y a-t-il pas de raisons suffisantes pour conserver le délai de *trois mois?*

L'éloignement des parties du siége de la Cour, la nécessité de réunir tous les documents de la cause pour les soumettre à un conseil spécial, les nouveaux renseignements par lui demandés, l'examen sérieux de l'affaire, la sage réserve qu'on doit apporter à former un pourvoi dont l'amende et les frais sont relativement considérables, la nécessité d'éclairer un plaideur sur les attributions, quelquefois mal comprises, de la Cour, de lui faire bien entendre qu'elle n'est pas un troisième degré de juridiction, et que l'injustice dont il se plaint, fût-elle réelle, ne peut être redressée qu'autant qu'elle se rattache à une

[1] Le seul inconvénient du règlement de la Cour est d'être divisé en plusieurs parties qui portent des dates différentes, et l'idée de les codifier en un seul texte pouvait séduire de bons esprits. Peut-être cette idée sera-t-elle reprise un jour et rattachée à l'idée plus vaste de la codification générale de toutes les lois en vigueur. On sait, au reste, que M. l'avocat général *Tarbé* a réuni toutes les lois, édits, ordonnances et règlements anciens et nouveaux, depuis l'ordonnance sur le conseil du 18 juillet 1318, jusqu'à l'ordonnance réglementaire du 15 janvier 1826 touchant la Cour de cassation. Il les a éclairés de ses observations personnelles et des précédents de la Cour. Cet estimable ouvrage, dont l'utilité est journellement appréciée, fut publié en 1840. Peut-être cette date et l'intérêt même de l'ouvrage semblent-ils indiquer la nécessité, sinon d'une seconde édition, puisque l'honorable auteur n'est plus, au moins d'un supplément qui remplisse quelques lacunes et nous tienne au courant de la manière dont la Cour continue à appliquer ses règlements.

violation de la loi ; ces considérations et d'autres encore ne sont-elles pas de nature à justifier le délai de trois mois? Ne devrait-on pas craindre, en l'abrégeant, de hâter des pourvois qui n'auraient pas été suffisamment médités, et qui ne chercheraient, en se pressant, qu'à éviter une déchéance, sauf à se désister plus tard, ce qui n'affranchit pas de l'amende et des frais. Cet inconvénient se réalise quelquefois avec le délai actuel de trois mois; ne serait-il pas plus fréquent avec un délai moindre? Et puis, quand le pourvoi est ainsi formé trop vite, a-t-on toujours la sagesse de s'en désister? Le parti est pris; la majeure partie des frais est déjà avancée; l'amende est perdue sans retour. Tel plaideur qui, mieux éclairé, ne formerait pas un pourvoi, lui laisse suivre son cours une fois déclaré. Aussi inclinerions-nous pour le maintien du délai de trois mois, malgré le vœu du ministre de 1849 et la résolution provisoire conforme à ce vœu, car il était accompagné, comme on l'a vu, de cette sage réserve.... *sans nuire toutefois au grand intérêt de la justice.*

Mais si ce vœu devait être réalisé, si le délai du pourvoi en cassation était réduit de trois mois à deux, il faudrait nécessairement et *à fortiori* se hâter de faire subir la même réduction, sinon une plus considérable, au délai de l'*appel*, de la requête civile, etc.

Ici, en effet, disparaissent ou s'affaiblissent les motifs que nous venons d'indiquer en ce qui touche le pourvoi en cassation. Il est certain, en effet, qu'on peut se préparer plus vite à l'appel qu'au pourvoi. Les conseils sont plus à portée du plaideur. Le pourvoi, à la différence de l'appel, n'est pas suspensif; il ne peut dès lors être formé, comme l'appel, dans l'objet unique de retarder l'exécution.

Il ne serait donc pas facile de comprendre qu'on accordât *trois* mois à l'appel quand on n'en donnerait que *deux* au pourvoi : la modification, si elle avait lieu, ne devrait-elle pas être faite en sens inverse?

Mais pour l'appel lui-même, y a-t-il donc grande nécessité d'abréger le délai de trois mois?

Sans doute, et nous l'avons déjà dit, il y a beaucoup d'appels abusifs; les parties peuvent sur place prendre plus vite conseil et décision. Un délai trop long présente des inconvénients.

Mais ceux d'un délai trop court, nous l'avons dit aussi, se-

raient autrement graves. Entre les uns et les autres, puisque tous sont possibles, pourquoi ne pas se décider encore ici par la faveur de la défense?

On sait d'ailleurs que, dans les cas où il y a urgence, ou titre, ou promesse reconnue, ou jugement précédent l'exécution provisoire peut être ordonnée (art. 135); ce qui fait disparaître une grande partie des dangers signalés?

Mais si les délais *ordinaires* sont maintenus, n'est-ce pas une raison de plus pour abréger les délais *des distances*, si abrégées elles mêmes? Ne revenons pas à notre point de départ. Aussi bien n'a-t-il pas besoin d'être démontré. On ne discute pas un fait, un chiffre, une vérité matérielle, l'eau, le feu, le mouvement. On a marché, on marche, tout est prouvé.

La négation de cette preuve serait encore plus étrange et le contraste plus frappant en ce qui concerne *l'Algérie.*

A deux ou trois journées de la France, et devenant tous les jours plus française, ses habitants ont encore pour comparaître en France l'excessif délai de *six mois!* Ni plus ni moins qu'en 1807, époque à laquelle *la régence barbaresque d'Alger* était classée par notre Code (art. 73) au nombre des États *situés hors d'Europe et en deçà du cap de Bonne-Espérance.* Ici encore nous sommes en retard de près de trente ans.

Et qu'on ne pense pas qu'il se soit élevé une seule opinion en faveur du maintien de cet état de choses. Tout le monde, depuis 1830, réclame, au contraire, son abolition, c'est-à-dire une modification rendue indispensable par notre possession de l'Algérie et l'application de la vapeur à la navigation.

Comment donc cette modification n'a-t-elle pas encore eu lieu?

On raconte que, quand l'Empereur ne désirait pas la prompte solution d'une affaire, il nommait une commission pour l'examiner. Ce procédé semble n'avoir pas encore perdu toute son efficacité, car elles ont été nombreuses les commissions qui se sont occupées successivement de cet objet. Chaque gouvernement a eu les siennes; mais il faut rendre à tous cette justice, qu'ils ont voulu et recherché très-sincèrement les moyens de solution. Les cartons de la chancellerie et du ministère de la guerre en feraient foi. Ils doivent être encombrés de projets et contre-projets sur cette question du délai des distances en Algérie.

Il faut dire de suite la cause plus sérieuse, plus vraie, qui a fait qu'aucun de ces projets n'est encore venu à bonne fin.

On sait qu'une ordonnance royale du 16 *avril* 1843, en déclarant notre Code de procédure civile exécutoire dans les possessions françaises de l'Algérie, avait modifié les délais pour comparaître devant les *tribunaux de ces possessions.*

Mais cette ordonnance fut complétement muette sur les assignations données à Alger pour comparaître *devant les tribunaux de France*, et ceux qui ont critiqué cette lacune et qui se plaignent encore qu'une ordonnance ou un décret ultérieur ne l'ait pas comblée, paraissent avoir oublié que si les colonies peuvent être régies exceptionnellement par des *ordonnances* ou des *décrets*, cela ne peut s'entendre que du régime intérieur de ces colonies, et que si, par exemple, notre question des délais a pu être réglée administrativement pour les comparutions devant les tribunaux algériens, il n'en pouvait pas être de même en ce qui touche les tribunaux français sans empiéter sur le domaine de la loi[1].

C'est donc par un scrupule constitutionnel très-respectable que l'ordonnance du 16 avril 1843 garda le silence sur ce dernier point, et que ce silence s'est toujours continué.

On se hâte de répliquer : « Mais pourquoi ne pas demander à la loi ce que l'ordonnance ou le décret ne peuvent donner? » — Sans doute ; et c'est bien ce qui a été essayé, mais toujours vainement.

Le projet de loi soumis aux compagnies judiciaires en 1846, et dont nous venons de parler, avait aussi pour objet la question algérienne.

Le garde des sceaux proposait de réduire de *six mois* à *deux* le délai des comparutions d'Algérie en France.

Et la Cour de cassation s'empressa d'adopter cette réduction.

Mais le ministre de la guerre souleva contre ce projet de graves et nombreuses objections qui paraissent n'avoir pas cessé.

Non qu'il ne reconnût, comme le garde des sceaux, la nécessité d'abréger les délais de 1807 ; mais il proposait un autre mode d'abréviation qui lui semblait plus logique, plus vrai, plus

[1] La série nombreuse des ordonnances et des décrets qui régissent nos possessions d'Afrique a été recueillie et annotée par M. *de Ménerville*, conseiller à la Cour impériale d'Alger. Cette utile publication se continue activement, et elle a déjà atteint l'année 1856.

conforme aux précédents déjà établis, et notamment à cette même ordonnance du 16 avril 1843.

Voici d'abord comment cette ordonnance avait disposé en ce qui touche le délai des distances :

Art. 6. « Le délai pour les ajournements à comparaître devant les tribunaux de *l'Algérie* sera augmenté d'*un jour par chaque myriamètre* de distance par terre entre le tribunal devant lequel la citation est donnée et le domicile ou la résidence en Algérie de la partie citée. »

Art. 7. « Lorsqu'une partie domiciliée en Algérie, assignée à comparaître devant un tribunal de *la colonie*, ne peut se rendre que par voie de mer dans le lieu où siége ledit tribunal, il y aura un délai fixe de *trente jours* pour la traversée maritime indépendamment du délai réglé par l'article précédent pour la distance par terre, s'il y a lieu. »

Art. 8. « Si la partie citée à comparaître devant un tribunal de *l'Algérie* est domiciliée ou réside en France, il y aura un délai de *vingt et un jours* pour la traversée maritime de France à Alger, et de *quarante jours* pour la traversée maritime de France à tous les points du littoral ; plus un jour par trois myriamètres pour la distance de Toulon au lieu du domicile ou de la résidence de la partie citée, sans préjudice, le cas échéant, du délai réglé par l'article 6 à raison des distances qui devraient être parcourues par terre en Algérie. »

Le ministre de la guerre voulait que, par une sorte de réciprocité, on graduât aussi les délais pour comparaître *en France*, au lieu de fixer un délai unique de *deux mois*, et il proposait la rédaction suivante :

Art. 3. Lorsque la partie citée à comparaître *devant un tribunal de France* est domiciliée ou réside en Algérie, le délai ordinaire de l'ajournement sera augmenté :

1° D'*un jour par cinq myriamètres* pour la distance du lieu où siége le tribunal de la comparution à la ville de Marseille ;

2° De *quinze jours* pour la traversée maritime de France à Alger, et de *trente jours* pour la traversée maritime de France à tous les autres points du littoral de l'Algérie ;

3° D'*un jour par deux myriamètres* à raison de la distance territoriale d'Alger pour le département d'Alger, de Bône pour le département de Constantine, d'Oran pour le département d'Oran, au domicile ou à la résidence de la partie citée ;

« Les mêmes délais supplémentaires seront observés pour les ajournements à donner de France devant un tribunal de l'Algérie. »

Le débat s'établit donc, selon l'expression du ministre de la guerre, entre le délai *unitaire* et le délai *gradué*.

La Cour de cassation avait adopté le premier, ainsi que nous venons de le dire.

Voici comment l'honorable rapporteur expliquait cette préférence :

« Sans doute, l'identité de raisons devrait déterminer pour les deux cas inverses une règle uniforme; mais il reste à juger le mérite de celle qui est écrite dans l'ordonnance et qu'un acte de même nature peut changer.

» Outre sa complication, qui admet trois éléments possibles de calculs à raison de la même assignation, on est porté à penser que pour toutes les assignations qu'il s'agit de donner à grande distance et qui exigent un parcours commun considérable, tel que la traversée par mer, le délai *fixe* est préférable. Ce système est celui du Code de procédure. Il est reproduit dans le projet; on ne voit pas de bonnes raisons, l'ayant appliqué à tous les autres cas semblables, pour s'en écarter relativement aux assignations envoyées à travers la Méditerranée de France en Algérie et même d'Algérie en France. »

Telle a été aussi l'opinion de la majorité des Cours impériales et de la Cour d'Alger elle-même, dont l'autorité sur cette question ne saurait être méconnue.

L'honorable chef du parquet de cette Cour, aujourd'hui premier président de la Cour de Lyon, avait rédigé un mémoire plein de faits, de chiffres et de bonnes raisons en faveur du système *unitaire*.

Il paraît toutefois que le ministère de la guerre croit devoir persister dans le système *gradué*, et nous devons reconnaître qu'il le développa avec beaucoup de force et de talent dans l'exposé d'un projet de loi imprimé, par son ordre, le mois de février 1850.

De telle sorte qu'au milieu de ces discussions, assurément fort intéressantes, mais beaucoup trop prolongées entre le délai *unitaire* et le délai *gradué*, on n'en fixe aucun, et que celui de six mois reste toujours malgré ses inconvénients et ses dangers *reconnus par tous*.

Nul ne les a signalés avec plus de vérité que le ministre de la guerre lui-même.

Voici les premières lignes de l'exposé de son projet de loi de 1850 :

« L'ordonnance du 16 avril 1843 a réglé les délais judiciaires en ce qui concerne la comparution devant les tribunaux *de l'Algérie*. Elle ne s'est pas crue *compétente* pour rendre cette réglementation applicable aux citations signifiées en Algérie, à l'effet de comparaître devant un *tribunal de France*.

» L'article 72 du Code de procédure, qui fixe un délai unitaire de six mois pour les parties demeurant en deçà du cap de Bonne-Espérance, est donc le seul texte qu'on puisse appliquer aux ajournements d'Algérie en France.

» Il résulte de là, en premier lieu, que lorsqu'il s'agit de comparaître d'Algérie en France, le délai est différent et démesurément plus long que pour comparaître de France en Algérie, bien qu'il y ait même chemin, même distance.

» Mais, par contraste, au cas de comparution d'Algérie en France, le délai se trouve être le même de Tlemcen à Lille que d'Alger à Marseille, n'importe l'énorme différence de temps qu'il faut pour parcourir l'une ou l'autre de ces deux distances.

» Enfin, l'habitant de Marseille, cité lui-même pour lettre de change devant le tribunal de commerce de la même ville, et ayant à appeler en garantie l'endosseur demeurant à Alger, se voit forcé de donner à son garant l'*exorbitant délai de six mois*, durant lequel il a tout le temps de tomber en faillite. Six mois! quand il y a péril en la demeure, et que trois jours suffisent pour le voyage! Et l'on s'étonnerait de ce que les signatures de l'Algérie trouvent peu de crédit en France!

» Ces discordances et ces inconvénients doivent être *réparés d'urgence*. »

C'est ainsi que l'URGENCE est reconnue et proclamée depuis plus de *vingt ans!*

Nous ne voulons pas revenir ici sur tous les détails de la question qui divise encore le département de la justice et celui de la guerre; cette question a été si bien étudiée de part et d'autre, et les deux opinions contraires soutenues avec une telle persistance, une si grande énergie de conviction, que jusqu'à ce moment nulle concession n'a été possible. Parfaitement d'accord

sur la *fin*, on n'est divisé que sur les *moyens*. Ne serait-il pas enfin possible de s'entendre?

Les raisons déjà indiquées dans le rapport de 1846 en faveur du délai *unitaire* semblent avoir acquis plus de force depuis cette époque, puisque la viabilité a reçue en Algérie, comme en France, plus qu'en France peut-être, de notables améliorations, que d'autres se préparent qui affaibliront encore l'argument puisé, en faveur du délai *gradué*, dans le mauvais état de la viabilité intérieure de certaines parties de la colonie.

Ajoutons que la contradiction qui, d'après le même système, semblerait exister entre l'ordonnance du 16 avril 1843, qui fixe un délai *gradué* pour aller de France en Algérie, et la loi qui fixerait un délai *unitaire* pour aller d'Algérie en France, alors qu'il s'agit des mêmes lieux et des mêmes distances, cette contradiction, disons-nous, serait facilement évitée, ainsi que l'indique le même rapport de 1846, soit en modifiant l'ordonnance de 1843 par *un acte de la même nature*, soit en confondant les parcours respectifs d'Alger en France et de France en Algérie, dans la même loi qui, statuant uniformément pour les deux cas, fixerait un délai commun et invariable *de deux mois?*

Remarquons enfin que la différence des deux systèmes opposés est très-peu considérable dans ses résultats. En effet, lorsqu'on décompose le délai *gradué* et qu'on additionne tous ses éléments, on ne trouve, terme moyen, qu'une différence de *quelques jours* entre ce total et le délai unitaire de *deux mois*.

Chacun de ces délais est de beaucoup inférieur au délai actuel de *six mois*, inférieur de plus de la moitié, et tous sont reconnus plus que suffisants pour garantir les droits de la justice et des justiciables.

En vérité, n'y a-t-il pas de quoi s'étonner, de quoi s'affliger de ce long malentendu sur quelques points accessoires (nous pourrions dire insignifiants), alors qu'on est d'accord sur le point capital, c'est-à-dire sur l'urgence d'abréger cet ancien délai de six mois, qui n'est pas seulement une anomalie, un contre-sens, un démenti donné à un grand fait, mais une cause permanente de découragement et de dommage pour les intérêts civils et commerciaux de cette grande et belle colonie?

Cette indispensable modification, réclamée et promise vainement depuis tant d'années, nous paraîtrait aujourd'hui d'autant plus facile que le projet du ministre de la guerre renferme

une première disposition qui *prélude* heureusement, selon son expression, à l'abréviation du délai de six mois.

Sous la loi actuelle, en effet, les assignations données aux habitants de l'Algérie sont signifiées au procureur impérial près le tribunal où la demande doit être portée et adressée par ce magistrat au ministre de la marine, qui le transmet à son tour à la partie assignée. C'est le vœu de l'article 69, § 9, du Code de procédure civile, qui régit toujours, comme l'article 73, l'ancienne régence du dey d'Alger.

On comprend tous les circuits que doit faire l'exploit avant d'arriver à sa destination. C'est ainsi qu'on pouvait justifier, jusqu'à un certain point, le délai de six mois; mais toute excuse s'évanouit devant le projet du ministre de la guerre, qui fait précéder la modification de l'article 73 par celle de l'article 65. C'est l'objet des deux premiers articles de son projet de loi, et nous pensons que le ministère de la justice y donnera son assentiment, puisqu'ils paraissent conduire plus sûrement à l'abréviation des délais et même à l'adoption du délai unitaire de deux mois.

Un pareil assentiment pourrait bien n'être pas accordé à l'article du même projet qui ne donne qu'un délai de *trois mois* pour le pourvoi en cassation et pour signifier l'arrêt d'admission, et qui réduit à *deux mois* le délai pour comparaître devant cette Cour.

Tous ces délais sont aujourd'hui d'*une année*, d'après les anciens règlements[1]; mais entre *trois mois* et *une année* n'y a-t-il pas un terme moyen à prendre?

Ce que nous venons de dire sur le délai du pourvoi en cassation pour la France continentale nous semble s'appliquer plus directement encore à nos possessions d'Afrique. L'habitant de Constantine ne saurait être traité à cet égard comme l'habitant de Paris. Or, d'après le système proposé, celui-ci aurait un délai plus long que le premier pour comparaître devant la Cour de cassation.

N'allons pas d'un extrême à l'autre : bien qu'on réclame de toutes parts une abréviation des délais pour l'Algérie, cela ne veut pas dire qu'ils doivent être plus courts que ceux de France.

[1] C'est ainsi que la Cour de cassation l'a décidé. V. notamment ses deux arrêts des 9 mai 1841, 19 mai 1842 et 14 juin 1854.

Ici, comme ailleurs, la loi doit rester dans les limites raisonnables qui lui sont tracées par la vérité des faits et les nécessités de la justice.

Il nous reste à parler des *jours fériés*.

« La législation sur les jours fériés a des rapports avec la législation sur les délais; ne serait-il point utile de s'en occuper? Quelles mesures devrait-on adopter? »

C'est ainsi que s'exprimait le garde des sceaux en communiquant aux compagnies judiciaires, le mois de novembre 1846, le projet de loi sur l'abréviation des délais.

Nous ignorons la réponse des Cours impériales à ces questions; mais la Cour de cassation ne crut pas devoir s'en occuper.

Elle ne vit pas de lien nécessaire entre ces deux législations.

« S'il est des détails, dit-elle dans son rapport (p. 23), qui ne paraissent pas convenablement réglés (en ce qui touche les *jours fériés*), il aurait fallu en faire l'objet d'une indication spéciale à défaut d'une notoriété établie ou de réclamations qui n'ont pas encore frappé l'attention de la Cour. »

Mais peu de mois, peu de jours après l'envoi de ce rapport, l'attention de la Cour fut appelée sur une des questions les plus importantes en cette matière, et elle la résolut alors par un arrêt notable, rendu après partage, et que nous devons faire connaître.

Pour bien apprécier la portée de cet arrêt et de la jurisprudence entière de la Cour sur les jours fériés, il est indispensable de rappeler quelques textes.

Le décret du 4 *frimaire an* II qui établit le calendrier républicain n'avait pas fixé de *jours de repos*.

Cette lacune fut comblée par la loi du 17 thermidor an VI.

D'après son article 1er : « les *décadis* étaient des jours de repos dans la République. »

L'article 2 ajoutait : « Les autorités constituées, leurs employés et ceux du bureau au service public vaqueront les jours énoncés, sauf les cas de nécessité et l'expédition des *affaires criminelles*.

L'article 5 disposait encore :

« Les significations, saisies, contraintes par corps, ventes et exécutions judiciaires n'ont pas lieu le jour affecté au repos des citoyens, à peine de nullité.

» Durant les même jours, disait l'article 8, les boutiques, magasins et ateliers seront fermés sous les peines portées dans l'article 605 du Code des délits et des peines. »

Enfin, l'article 10 disposait que « tous travaux dans les lieux et voies publics sont interdits les mêmes jours sous les mêmes peines. »

Les lois organiques du Concordat des 26 messidor an IX et 18 germinal an X nous rendirent, avec l'ancien calendrier, les dimanches et les grandes fêtes consacrées par la religion.

Un avis du Conseil d'État du 20 *mars* 1810 ajouta à ces jours de repos le *premier janvier*, sous le nom heureux de *fête de famille*.

La douleur eut aussi ses fêtes; l'anniversaire du 21 *janvier* 1793 fut longtemps pour la France un jour tristement *férié*. La loi qui consacrait ce grand deuil public fut abrogée en termes qui semblaient devoir la faire maintenir.

« La loi du 19 janvier 1816, relative à l'anniversaire du jour *funeste et à jamais déplorable du* 21 *janvier* 1793, est abrogée.»

C'est toute la loi du 26 *janvier* 1833.

Déjà, une ordonnance royale du 9 *juillet* 1831 avait décidé que les journées des 27, 28 et 29 juillet *seraient célébrées comme fêtes nationales*, et on sait, en effet, que les chambres votaient chaque année un crédit pour la célébration de ces fêtes.

Elles étaient généralement observées.

Cependant, la Cour d'*Aix* siégea et rendit un arrêt le 29 *juillet* 1845.

Cet arrêt fut déféré à la Cour de cassation comme ayant violé le décret du 17 thermidor an VI, et l'ordonnance royale du 9 juillet 1831 sur la célébration des fêtes nationales.

Mais la Cour de cassation repoussa ce moyen de nullité par l'arrêt que nous avons annoncé et qui maintint l'arrêt de la Cour d'Aix du 29 *juillet* par les motifs suivants[1] :

« Attendu, en ce qui concerne l'observation des fêtes, qu'il importe de distinguer les dispositions relatives à leur institution et à la célébration des solennités qui y sont attachées, et à ce qui concerne les conséquences *légales* de cette institution et de cette célébration; — que tous les jours de fête ne sont pas né-

[1] Sirey, 1847, 1, 508.

cessairement des jours fériés *légaux* (art. 162 Cod. com.); — que les jours fériés *légaux* sont ceux pendant lesquels le travail doit cesser, les autorités constituées et les tribunaux doivent vaquer, et pendant lesquels aussi il est défendu de procéder aux significations, actes conservatoires et exécutions judiciaires; — que si des fêtes destinées à perpétuer des souvenirs mémorables, à célébrer des réjouissances publiques, peuvent être instituées *par des ordonnances du roi*, qui déterminent tout ce qui se rapporte à leur célébration sous le rapport de la *police et de l'administration*, il n'appartient *qu'à la loi* d'ordonner la cessation du travail, de suspendre le cours de la justice et l'exercice des droits et des actions légitimes des citoyens;

» Attendu que, si l'ordonnance du roi du 6 juillet 1831 a prescrit que les journées des 27, 28 et 29 juillet 1830 seraient célébrées comme fêtes nationales, et si, depuis cette époque, des lois spéciales de crédit ont autorisé annuellement des dépenses nécessaires à la célébration périodique de ces fêtes, il ne s'ensuit pas que ces trois jours soient des jours fériés *légaux;* — que cette ordonnance et les lois spéciales qui s'y rapportent ne contiennent aucune disposition qui nécessite la cessation du travail, ou qui suspende l'action de tribunaux et l'exercice des significations, actes conservatoires et exécutions judiciaires, à peine de nullité, pendant ces jours; — qu'en cet état de choses, la Cour royale d'Aix a pu, sans violer aucune loi, tenir audience et rendre arrêt une des trois journées de juillet; — que, dès lors, l'arrêt rendu par cette Cour, le 29 juillet 1845, ne peut être annulé. — Du 6 juillet 1847. Chambre civile. M. *Portalis*, premier président. Rapporteur, M. *Bérenger*. Concl. conf. M. *Delapalme*, conseiller f. f. d'avocat général. Plaidant Mes *Maulde* et *Paul Fabre*. »

Dans une circulaire du 25 *juillet* 1848, le garde des sceaux crut devoir rappeler cet arrêt à MM. les procureurs généraux, en leur faisant la recommandation inutile « de veiller à ce que le cours de la justice ait lieu, comme à l'ordinaire, les 27, 28 et 29 juillet, l'époque commémorative de la fondation de la République, ajoutait-il, *devant être seule l'objet d'une solennité nationale*. »

Et, en effet, une loi du 2 mai 1849 ouvrit au ministre de l'intérieur un crédit de 200,000 francs pour la célébration du premier anniversaire de la proclamation de la République.

Cette solennité républicaine devait-elle être considérée comme jour férié?

On ne le prétendit pas; il est vrai qu'on n'eut guère le temps de le prétendre; mais ici se serait appliqué dans toute sa force l'arrêt ci-dessus de 1847, comme il s'appliquera chaque fois qu'il ne s'agira point d'une fête *consacrée par la loi.*

C'est le principe fondamental en pareille matière.

Il avait déjà été consacré par l'ordonnance du 18 novembre 1814, qui disposait que « les travaux ordinaires seraient interrompus les dimanches et jours de fête *reconnus par les lois de l'État.* »

Cette ordonnance reproduisit d'ailleurs une partie des dispositions de la loi du 17 thermidor an VI.

Son article 3 était ainsi conçu :

« Dans les villes dont la population est au-dessous de 5,000 âmes, ainsi que dans les bourgs et villages, il est interdit aux cabaretiers, marchands de vins, débitants de boissons, limonadiers, maîtres de paume et de billards, de tenir leurs maisons ouvertes et d'y donner à boire et à jouer lesdits jours pendant le temps de l'office. »

On sait les nombreuses et vives attaques dirigées contre cette disposition; on prétendit qu'elle avait été abolie par la Charte de 1830; mais elle a été constamment maintenue et appliquée par la Cour de cassation. Les arrêts sont aussi nombreux que formels[1]. C'est encore un point hors de contestation.

Mais il en est d'autres touchant cette matière qui sont encore controversés.

Ainsi, on a demandé si les jours fériés comptaient dans les

[1] Voir, entre autres, ceux des 23 juin 1838, 16 décembre 1845, 21 décembre 1850, 6 décembre 1851, 16 février et 16 mai 1854. Le dernier de ces arrêts, résumé de tous les autres, est ainsi conçu :

« Vu les articles 1 et 2 de la loi du 18 novembre 1814; — attendu que cette loi, relative à la célébration des fêtes et dimanches, n'a été abrogée ni expressément ni tacitement par aucune disposition constitutionnelle ou législative; qu'elle n'a rien d'incompatible ou d'inconciliable avec les principes soit de la liberté des cultes, soit de la liberté de l'industrie, proclamés en 1789 et garantis par l'article 1er de la Constitution du 14 janvier 1852; que la protection accordée à tous les cultes et à toutes les industries n'exclut pas le respect dont la loi civile est partout empreinte pour les cultes chrétiens, notamment pour celui professé par la majorité des Français; attendu en fait, etc. »

délais, notamment lorsque le dernier jour du terme était précisément un jour férié.

A l'appui de la négative, on invoquait l'article 25 de la loi du 22 frimaire an VII, ainsi conçu : « Lorsque le *dernier jour* du délai déterminé pour l'enregistrement des actes et des déclarations se trouvera *un jour de fête légale*, il *ne sera pas compté dans le délai.* »

L'article 162 du Code de commerce dispose également : « Le refus de payement doit être constaté le lendemain du jour de l'échéance par un acte que l'on nomme protêt faute de payement. — *Si ce jour est un jour férié légal, le protêt est fait le jour suivant.* »

On a voulu étendre ces dispositions aux matières ordinaires, mais la Cour de cassation s'est opposée à cette extension. On peut consulter notamment ses arrêts des 1er décembre 1830 et 10 mars 1846.

Il s'agissait, dans l'espèce de ces deux arrêts, d'une déclaration de command qui, aux termes de l'article 709 du Code de procédure civile, devait être faite par l'avoué dernier enchérisseur dans les *trois jours* de l'adjudication.

« Attendu, dit le dernier de ces arrêts, que si l'article 25 de la loi du 22 frimaire an VII dispose que lorsque le dernier jour du délai déterminé pour l'enregistrement des actes et des déclarations se trouvera être un jour de fête légale, il ne sera pas compté dans le délai, c'est là *une exception qu'il n'est pas permis d'étendre à un cas pour lequel la loi ne l'a pas établi.* »

Toutefois, la Cour a fait une distinction pour l'application de ce principe entre le cas où le délai se comptait par *jours* et celui où il se comptait par *heures.* Il ne peut s'agir que d'*heures utiles*, a-t-elle dit, et elles ne le seraient pas si elles devaient être absorbées par un fête légale [1].

Cette distinction entre les jours et les heures n'est pas littéralement écrite dans la loi; mais elle paraît si conforme à son esprit qu'on n'a pas le courage de la combattre.

Il n'en saurait être ainsi d'une autre solution qui semble avoir prévalu dans la doctrine et la jurisprudence, et qui, selon nous, aurait une portée bien plus considérable.

[1] Voir, entre autres arrêts, celui du 22 juillet 1828 (Sirey, 1831, 1, 217) et celui du 15 novembre 1837 (Sirey, 1838, 1, 37).

Des auteurs graves ont enseigné, de nombreux arrêts ont jugé que les significations et autres exécutions faites les jours fériés, sans la permission du juge, ne *sont pas nulles*, que l'huissier est seulement passible d'une amende.

Il est très-vrai que l'article 1030 du Code de procédure civile dispose en termes exprès « qu'aucun exploit ou acte de procédure ne pourra être déclaré nul si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi. »

« Dans le cas où la loi n'aurait pas prononcé la nullité, ajoute le même article, l'officier ministériel pourra, soit pour omission, soit pour contravention, être condamné à une amende qui ne pourra être moindre de 5 francs et n'excédera pas 100 francs. »

Il est très-vrai encore que les articles 63 et 1037 du Code de procédure civile qui défendent tout exploit, signification ou exécution, les jours de fêtes légales, sans la permission du juge, ne prononcent pas expressément la peine de nullité.

Et de ces textes on a conclu, par un raisonnement très-simple et qui paraît décisif, que la nullité n'étant pas écrite dans la loi, le juge ne pouvait la suppléer.

C'est ainsi que l'ont jugé les Cours de *Bordeaux*, *Toulouse*, *Poitiers*, *Grenoble*, *Montpellier* et *Orléans*.

Le dernier de ces arrêts, en validant la signification faite un jour de fête légale, condamna l'huissier en *dix francs* d'amende[1].

Les partisans de cette opinion affirment qu'elle a été sanctionnée par un arrêt de la Cour de cassation du 26 août 1839 (Sirey, 1839, p. 867).

Un mot suffit pour écarter cet arrêt : il fut rendu en matière *criminelle*. Or l'article 1037, comme toutes les législations sur les jours fériés, ne s'applique qu'aux matières *civiles*, ainsi que le fait remarquer l'arrêt lui-même. Il n'y a pas de jours fériés en matière criminelle. Ceci tient encore à l'ordre public.

On a cité, en outre, deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 29 janvier 1819, l'autre du 7 avril 1820, qui auraient jugé la question dans le même sens.

Mais il n'y a encore qu'à lire les arrêts pour voir combien ils sont inapplicables. Il s'agissait, dans l'une et l'autre espèce,

[1] Arrêt d'Orléans, du 22 janvier 1851 (Sirey, 1852, 2, 353). Au tome V de la collection nouvelle, l'honorable arrêtiste indique les autres arrêts.

de la permission accordée à l'huissier d'instrumenter un jour de fête légale par un magistrat *incompétent*. C'était un autre ordre d'idées. La permission demandée au juge était comme un hommage à la loi telle que nous l'entendons.

Mais si ces trois arrêts doivent être rejetés de la question, il en est un autre, nous devons en convenir, qui nous semble l'avoir jugée d'une manière très-directe.

Cet arrêt du 23 *février* 1825, rapporté aussi par *Sirey* à sa date, est, en effet, conçu dans les termes suivants :

« Attendu que, suivant l'article 1030 du Code de procédure civile, aucun exploit ne peut être déclaré nul si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi ; que si les articles 63 et 1037 du Code de procédure civile défendent de faire de pareils actes les jours de fêtes légales, il *ne prononce pas la nullité de ceux faits en contravention;* que, par suite, ils ne peuvent être annulés sous ce prétexte, sauf à prononcer contre l'huissier la peine d'une amende, s'il y a lieu, conformément à l'article 1030; qu'il suit de là qu'en refusant d'annuler l'exploit de surenchère dont il s'agit, l'arrêt attaqué, loin de violer les articles 63 et 1037, n'a fait qu'une juste application de l'article 1030; — Rejette. »

Cet arrêt, qui a servi de fondement aux autres décisions que nous venons d'indiquer, fut rendu au rapport de M. *Cassaigne*, notre honoré compatriote, l'un des magistrats les plus savants, les plus distingués, les plus respectables de la Cour de cassation.

Aussi ce préjugé a-t-il pour nous une double autorité, et, malgré nos convictions contraires, il nous oblige à douter.

Mais ces doutes, nous demandons la permission de les exprimer. M. *Cassaigne*, qui nous honorait de sa bienveillance, l'aurait permis lui-même; car un des traits distinctifs de son caractère et de son talent était la recherche patiente, consciencieuse et libre de la vérité juridique, et voilà pourquoi il la trouvait si souvent.

Oui, sans doute, il est de principe que les nullités de procédure doivent être écrites dans la loi.

Mais s'agit-il ici d'une nullité de procédure proprement dite? d'une omission, d'une contravention de forme, d'une irrégularité d'exploit?

En aucune façon.

Il s'agit d'une nullité substantielle, fondamentale; d'une pro-

hibition absolue, irritante, d'ordre public. Il s'agit d'une interdiction, d'une incapacité, d'un défaut de pouvoir, d'une condition de *non esse qui tollit potentiam juris et facti*, selon l'expression de *Dumoulin*, et qui entraîne nécessairement la nullité sans qu'elle ait besoin d'être prononcée, d'après cet autre principe élémentaire que l'acte fait contre la *prohibition formelle* de la loi est considéré par elle comme n'ayant pas eu un seul moment d'existence.

Or, nous avons ici la disposition la plus absolue, la prohibition la plus formelle qui se puissent écrire dans une loi :

« *Aucune signification ni exécution* NE POURRA ÊTRE FAITE *un jour de fête légale.* » (Art. 63 et 1037, C. de proc. civ.)

Et l'huissier *pourra* néanmoins la faire, cette signification si solennellement interdite! il *pourra* la faire valablement! il *pourra* se jouer de la loi, reprendre ses pouvoirs suspendus par elle, racheter pour quelques francs cette flagrante violation et la nullité radicale de ses actes!

Si les articles cités devaient être ainsi entendus et appliqués il faudrait se hâter de les abroger. Mieux vaudrait effacer de nos Codes les dispositions relatives aux fêtes légales que de les livrer ainsi à la merci de l'huissier ou plutôt des parties elles-mêmes, car on pense bien qu'elles s'empresseraient d'acquitter l'amende exposée pour elles, et qui deviendrait ainsi comme la prime d'assurance ou plutôt la rançon d'une nullité d'ordre public, le prix, le *coût* perçu par le Trésor d'une contravention amnistiée; marché dérisoire, compensation indigne de la loi, et qui rappelle involontairement les temps anciens où l'on pouvait payer aussi les coups et les blessures sur estimation ou d'après un tarif qui n'était guère plus élevé que celui de *cinq* à *cent francs* qu'on trouve dans l'article 1037.

« La prohibition n'est pas absolue, dit l'un des arrêts cités, puisque le juge peut la faire cesser. »

Et c'est précisément ce qui la rend plus absolue, plus impérative : l'ordre formel de la loi ne peut céder que devant l'ordre du juge autorisé par elle à donner cet ordre, cette autorisation, dans les cas d'urgence appréciés par lui. C'est la seule exception, la seule condition, le seul moyen de prévenir la nullité; si on les néglige, l'infraction n'en sera que plus grave, la nullité plus saillante, à moins qu'on ne veuille donner encore à l'huissier le droit de se substituer au magistrat, d'apprécier

l'urgence à sa place, de s'accorder à lui-même la permission d'opérer les jours de fête légale; c'est-à-dire de braver à la fois l'autorité de la loi et celle de la justice, quitte à dire : « Je le pouvais, car j'ai payé pour cela; j'ai soldé la prime qui garantissait mes exploits. »

Et remarquez bien qu'il pourra parler ainsi, non-seulement quand il aura négligé de demander la permission du juge, mais encore quand cette permission demandée lui aura été refusée. L'amende couvrira tout. Ses effets seront d'autant plus puissants que les contraventions seront plus graves. Moyennant *dix francs*, comme dans l'espèce citée, l'huissier sera seul autorisé à *travailler* sans contrôle, sans permission, les dimanches et jours de fêtes légales. Étrange exception! Car enfin le travail des huissiers, si nécessaire qu'il puisse être, n'a pas été précisément inventé pour *le repos des citoyens*. Aussi pourraient-ils être saisis dans leurs meubles et dans leurs immeubles les jours de Pâques et de Noël, même pendant l'office divin.

C'est la conséquence inévitable de ce système.

Sans doute, et nous aimons à le reconnaître, les huissiers en viennent rarement à ces extrémités; la pudeur publique les retiendrait à défaut de la loi. Mais il ne s'agit pas de ce qu'ils font, il s'agit de ce qu'ils peuvent faire, de ce qu'ils ont fait quelquefois (on a vu par les arrêts cités que les exemples ne manquaient pas), il s'agit de sauvegarder un grand principe.

Comment serait-il possible de l'assimiler à ces nullités résultant d'un simple défaut de forme, d'une omission, d'un *lapsus calami*, tel, par exemple, que l'oubli de numéro de l'immatricule de l'huissier (art. 61)?

Nous comprenons très-bien que cette dernière nullité, selon nous trop sévère, ait besoin d'être écrite dans la loi. Mais l'autre! elle était écrite avant la loi elle-même; elle est dans les règles générales du droit. Elle n'avait pas besoin d'être répétée; c'eût été une sorte de pléonasme. Rendons grâce à la loi, au lieu de lui en faire un reproche, de n'avoir pas confondu ces deux ordres de nullité si profondément distincts, de n'avoir pas rapetissé les articles que nous discutons aux proportions de l'article 67 ainsi conçu : « Les huissiers seront tenus de mettre à la fin de l'original et de la copie de l'exploit le coût d'icelui, *à peine de cinq francs* d'amende. »

Changez le chiffre de cette amende et nous aurons les articles

63 et 1037 tels qu'on veut nous les faire. L'omission du *coût de l'exploit*, question de taxe, sera placée sur la même ligne que la disposition fondamentale qui se rattache à la moralité publique et au respect du culte!

Nous ne voulons pas assurément donner au sentiment religieux plus de place qu'il ne convient dans une question de droit, mais enfin quand ces deux ordres d'idées, si élevées, si dignes de se rencontrer, se rencontrent, en effet, il est bien permis de ne pas les séparer, de se féliciter, au contraire, de leur heureuse alliance, et de dire que la loi n'est pas moins respectable alors qu'elle est plus conforme aux préceptes de la morale et de la religion, alors qu'elle atteint le plus haut degré de perfectibilité sociale, en se rattachant plus intimement aux vrais principes de l'ordre public.

Mais le juste respect de la loi pour le culte ne lui a pas fait oublier les nécessités de la vie civile : ainsi s'agit-il d'éviter une prescription, une déchéance, un dommage, un péril, on vient de voir que le juge, après avoir vérifié le fait, peut accorder et accorde souvent l'autorisation d'agir les dimanches et jours de fête légale.

Ainsi les juges de paix peuvent, dans les mêmes cas exceptionnels, tenir audience les mêmes jours, le matin et l'après-midi (art. 8); ainsi, des *saisies revendications* peuvent aussi être faites avec la permission du juge (art. 828 [1]).

Ainsi la vente après saisie des fruits pendants par racine *peut* non-seulement, mais encore *doit* avoir lieu un jour de *dimanche* ou de marché (art. 632), dans l'objet d'attirer un plus grand nombre d'enchérisseurs.

En vérité, quand la loi, par de sages exceptions, a pris soin de protéger ainsi tous les intérêts contre les inconvénients possibles des jours fériés, n'y a-t-il pas lieu de s'étonner qu'on ne veuille pas reconnaître aussi la sagesse de la règle et qu'on refuse au *dimanche* le respect que la république accordait au *décadi?*

La loi du 17 thermidor an VI prononçait, en effet, ainsi qu'on l'a vu, la nullité des significations et exécutions faites les jours affectés au repos des citoyens. Les législateurs de 1806 au-

[1] Cet article paraît faire double emploi avec l'article 1037; mais sa disposition itérative s'explique par la nécessité de recourir toujours au juge pour ce genre d'exécution. (V. les articles 826 et suivants.)

raient-ils donc été moins sévères au lendemain du concordat? Et s'ils n'ont pas cru devoir répéter cette peine de nullité c'est qu'ils la savaient écrite comme nous venons de le dire et comme nous le verrons mieux encore, dans les grands principes d'ordre public auxquels ils rendaient ainsi un nouvel hommage.

Au reste, qu'on ne s'y méprenne point, le système que nous combattons conduirait ses partisans plus loin qu'ils ne veulent aller eux-mêmes.

La prohibition, en effet, ne s'étend pas seulement aux jours de fêtes légales, mais encore à certaines heures du jour et de la nuit, selon les saisons.

« Aucune signification ou exécution *ne pourra être faite* depuis le 1er octobre jusqu'au 31 mars avant quatre heures du matin et après six heures du soir, et depuis le 1er août jusqu'au 1er novembre avant quatre heures du matin et après neuf heures du soir, non plus que les jours de fête légale. »

C'est le texte de l'article 1037; il place sur la même ligne sa double prohibition.

Si vous déclarez l'une illusoire, c'est-à-dire rachetable par une amende, il en sera de même de l'autre.

Ainsi on pourra *valablement* signifier et exécuter la *nuit*.

L'huissier et les recors pourront, sans permission du juge, s'introduire à toute heure dans le domicile des citoyens, y faire des commandements, des saisies, arracher une famille au repos, au sommeil, et jeter l'alarme dans toute la maison, dans tout le quartier.

Et ceci pourra encore être rédimé moyennant une amende de *dix francs!* Ce n'est pas cher. Les actes tiendront, la loi seule aura été vaincue.

Ne reculez pas devant cette conséquence; elle est inévitable; la question de la nuit et des jours fériés est identique; elles sont liées par le texte et l'esprit de la loi. Qui juge l'une juge l'autre.

Mais il y a davantage.

La loi pénale vient elle-même au secours de la loi civile, et lui imprime plus profondément encore, s'il en était besoin, ce caractère d'*ordre public* qu'on voudrait lui dénier.

L'article 184 du Code pénal punit en effet de l'emprisonnement et de l'amende « tout officier de justice ou de police qui se serait introduit dans le domicile d'un citoyen hors les cas prévus par la loi et sans les formalités qu'elle a prescrites. »

C'est notre huissier du *dimanche* ou de la *nuit*, opérant sans la permission du juge.

L'article 260 du même Code punit aussi des mêmes peines ceux qui empêcheraient *de célébrer* et *d'observer certains jours de repos*.

L'esprit des deux lois est le même. Seulement la loi pénale est plus sévère que la loi civile ; mais elles prévoient et punissent l'une et l'autre la même infraction, tant elle leur a paru grave et se rattacher essentiellement au respect du culte et aux garanties promises à tous les citoyens.

Voudrait-on effacer aussi ces dispositions du Code pénal?

Voudrait-on au moins se prévaloir de cette circonstance, qu'il y aurait deux pénalités pour la même faute, trois peut-être en comptant la nullité, et invoquer ici la maxime *non bis in idem*.

Ce serait un étrange abus de cette maxime : autant vaudrait soutenir que le faussaire puni, l'acte faux doit être maintenu, ou que l'exploit *envoyé* par l'huissier et non *signifié* par lui est valable parce que l'article 45 du décret du 14 juin 1813 le punit dans ce cas de la suspension et de l'amende.

Qu'on s'occupe d'abord de l'acte : c'est le point capital. On verra ensuite et accessoirement si l'huissier a encouru quelque peine disciplinaire ou autre, la nullité de l'acte ne l'en affranchira pas ; au contraire, l'une sera la suite de l'autre.

Cela se pratique tous les jours malgré la maxime *non bis in idem* qui ne serait ici qu'un contre-sens.

Nous avons indiqué les autorités qui *semblaient* contraires à notre système. Nous disons ainsi parce que ces autorités examinées de près et comparées avec les *espèces* pourraient bien perdre quelque chose de leur valeur et de leur applicabilité.

Ainsi les rares auteurs qui ont suivi l'arrêt de 1825 se bornent à le rappeler, sans examiner autrement la question.

Ainsi, l'arrêt de Bordeaux du 16 juillet 1827 est diamétralement contraire à celui que la même Cour rendit la même année sur la même question.

Ainsi, l'arrêt de la Cour de cassation du 23 *février* 1825 est un arrêt de *rejet;* il fut rendu dans un cas spécial et très-favorable d'une surenchère qui apportait des secours inattendus à un débiteur malheureux et à des créanciers plus malheureux encore.

Mais ce genre de discussion n'est pas de ce lieu, et nous aimons mieux admettre ces opinions comme entièrement contraires sans autre réserve que celle de les combattre.

Et pour cela il nous arrive de puissants secours dont nous éprouvions le besoin, moins pour raffermir notre conviction que pour nous encourager à la dire.

Merlin, dans son *Répertoire*, v° *Nullité*, et dans ses *Questions de droit* au même mot, § 8, rappelle les anciens principes et résume les principes nouveaux sur la question, qu'il pose en ces termes : « Faut-il que la peine de nullité soit *expressément consignée* dans la disposition du législateur? »

Il répond à cette question en citant la loi 5 du Code *De legibus*, qu'il transcrit entière et qu'il résume en ces termes :

« On voit par ce texte que les lois *prohibitives* sont toujours censées annuler *tout ce qui se fait contre ses dispositions*. »

Il cite *Dumoulin* et d'autres auteurs qui professent cette doctrine et qui vont jusqu'à reconnaître *l'impossibilité* de conserver un acte fait *contre la prohibition de la loi*, alors surtout qu'il émane d'une personne que cette loi déclare *incapable*, soit qu'il s'agisse d'une incapacité permanente ou temporaire.

Et ce principe incontestable, *Merlin* l'applique précisément à notre Code de procédure civile, en citant plusieurs articles de ce Code, dont la violation entraîne nullité, bien qu'elle n'ait pas été formellement prononcée [1].

Il paraît qu'un ancien arrêt de la Cour de cassation avait validé un acte fait en dehors des heures marquées par l'article 1037, sous prétexte que cet article n'avait point prononcé la nullité.

Le célèbre jurisconsulte s'élève vivement contre cette décision.

« Il est permis de croire, dit-il (*Questions de droit*, p. 665), que la Cour de cassation aurait reculé devant cette manière de raisonner si elle avait calculé les conséquences auxquelles il serait impossible qu'elle ne la conduisît pas dans d'autres circonstances; si elle eût réfléchi qu'en raisonnant ainsi sur l'effet d'une contravention à l'article 1037 elle se mettait dans la nécessité de raisonner de même lorsque les cas s'en présenteraient sur les articles précités du Code. D'ailleurs, comme le dit

[1] Il cite notamment les articles 510, 545, 546, 552, 580, 582, 592, 593; il pouvait en citer d'autres encore, et même les titres presque entiers des saisies-arrêt, des saisies-exécution et des saisies-brandon.

très-bien M. *Carré*, ajoute *Merlin*, l'article 1030 n'est relatif qu'à des contraventions, à des dispositions législatives concernant *les formalités des actes*, et ne peut recevoir son application dans le cas d'*une loi expressément prohibitive ;* aucune signification ou exécution *ne pourra être faite*, a dit l'article 1037 ; cette disposition tient essentiellement A L'ORDRE PUBLIC, etc. »

Ce qu'avait dit *Carré* [1] avant *Merlin*, *Pigeau* l'avait dit avant *Carré*, et plusieurs auteurs l'ont répété après l'un et l'autre.

Nous pouvons citer notamment *Perrin*, *Traité des matières*, p. 209 ; *Boncenne*, t. II, p. 239 ; *Boitard*, t. I, p. 164 ; *Dalloz*, *Répertoire*, v° *Nullité*, p. 780.

Tous répètent, en improuvant les arrêts précités, que l'article 1037 n'est point régi par les dispositions antérieures de l'article 1030 ; que les nullités *de forme* de ce dernier article n'ont rien de commun avec les *formes substantielles et d'ordre public* de l'article 1037 ; que si la nullité des premières doit être expressément écrite dans la loi de procédure, il n'en est pas de même des autres déjà annulées par l'application de principes généraux d'un ordre supérieur.

Nous nous abstenons d'autant plus volontiers de reproduire une à une toutes ces opinions conformes, que nous désirons réserver un peu de place à un arrêt de la Cour de *Pau* qui, malgré son respect pour la Cour de cassation et sa confiance affectueuse pour un ancien collègue, l'honorable rapporteur de l'arrêt du 23 février 1825, n'hésita pas à décider la question en sens inverse par des motifs qui, selon nous, sont le meilleur *résumé* de ce débat, et qu'à ce titre nous demandons la permission de reproduire.

« Attendu, dit cet arrêt du 22 juin 1833 (Sirey, 1833, 1. 603), que l'article 63 du Code de procédure civile porte qu'*aucun exploit ne sera donné un jour de fête légale, si ce n'est en vertu de permission du président du tribunal ;* que la peine de nullité n'est pas expressément prononcée par cet article, mais qu'elle est toujours *sous-entendue* lorsque la loi s'exprime *en termes prohibitifs*, parce que dans ce cas elle enlève *la puissance de fait et de droit*, suivant l'expression de la loi première, §§ *De verborum oblig.* ; en sorte que l'acte fait nonobstant la prohibition est censé *n'avoir pas existé ;* — qu'il est aussi de principe qu'un

[1] N°s 330 et 3426.

acte fait en contravention à une disposition de la loi relative *à l'ordre public* et *aux bonnes mœurs*, est nul, quoique la nullité n'en *soit pas expressément prononcée*; que ces deux règles de droit *incontestables* s'appliquent aux actes faits en contravention de l'article 63 du Code de procédure civile; que cet article s'exprime, en effet, en *termes prohibitifs*, et la prohibition qu'il renferme tient à l'*ordre public* et *aux bonnes mœurs*, puisqu'elle a pour objet d'assurer *le respect dû au culte*; — que c'est en vain qu'on a opposé l'article 1030 du Code de procédure civile, d'après lequel aucun exploit ne peut être déclaré nul, si la nullité n'en est prononcée par la loi, et qui autorise seulement le juge à condamner à l'amende l'officier ministériel contrevenant; qu'il faut distinguer les *nullités substantielles* des actes qui, comme on vient de le dire, attaquent leur existence, des nullités résultant de l'*inobservation des formalités prescrites pour leur régularité*; qu'au premier cas la peine de nullité est *sous-entendue*, tandis qu'elle n'a lieu au second cas qu'autant qu'elle *est prononcée*; que *cette distinction* doit être faite pour l'application de l'article 1030 du Code, qui n'a évidemment entendu parler que des *contraventions aux lois concernant la forme des actes*, et non à celles qui *prohibent ces mêmes actes*, qui *ôtent aux officiers ministériels le pouvoir d'y procéder*, et qui, par conséquent, annulent *d'avance* les actes faits, *malgré leur prohibition*; que l'article 1030 peut d'autant moins s'appliquer à la nullité résultant de la contravention à l'article 63, que l'article 1037 renouvelle, pour la signification et exécution des jugements, la prohibition portée par l'article 63; que la disposition qui exige la permission du président, pour procéder les jours fériés, lorsqu'il y aurait péril dans la demeure, *serait illusoire*; que la loi serait *mise en contradiction avec elle-même*, *si elle avait entendu maintenir les actes qu'elle défend de faire sans l'autorisation du président*, *qui est le seul juge de l'urgence*, *de qui seul l'huissier doit tenir le pouvoir que la loi lui retire les jours fériés*, en sorte que l'acte fait ce jour-là, sans *la permission du magistrat*, doit être considéré comme *non avenu*; que c'est par conséquent le cas de déclarer celui dont il s'agit nul et de nul effet; — par ces motifs, déclare l'acte d'opposition signifié le 21 janvier dernier, nul et de nul effet, etc. » — Du 22 juin 1833. — Cour royale de Pau. — Chambre civile. — Président: M. Figarol, premier président. — Conclusions : M. Molier, con-

seiller auditeur. — Plaidants : MM. Mondiet et Castelnau. »

Résumons ce que nous avons essayé de démontrer dans ce chapitre :

1° Il y a opportunité, justice, urgence à abréger les délais des distances dans les proportions de l'abréviation des distances elles-mêmes.

2° Cette modification est encore plus urgente pour *l'Algérie*.

3° En deçà de *deux myriamètres et demi* les fractions des distances ne doivent pas être comptées ; au delà elles compteront pour cinq myriamètres et augmenteront le délai d'un jour.

4° Les délais ordinaires des assignations devant toutes les juridictions ne doivent pas être abrégés.

5° Enfin la législation *des jours fériés* n'aurait besoin d'être modifiée que dans le cas peu probable, selon nous, où la jurisprudence se fixerait en ce sens que l'huissier peut *valablement* faire des significations et exécutions soit la nuit, soit les dimanches et jours de fête légale sans la permission du juge. LAVIELLE.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

FILIATION NATURELLE. — POSSESSION D'ÉTAT.

La filiation naturelle, lorsqu'il s'agit de la mère, peut-elle s'établir par la possession d'état?

Cette preuve peut-elle être invoquée contre l'enfant par des tiers héritiers de la prétendue mère, pour faire réduire les libéralités faites par elle à l'enfant? En d'autres termes, la recherche de la maternité naturelle n'appartient-elle qu'à l'enfant?

Mais est-ce RECHERCHER la maternité que de se prévaloir de la possession d'état? N'est-ce pas plutôt la CONSTATER ou la PROCLAMER? N'est-ce pas un moyen équivalent à la production d'un titre?

Dissertation par M. NEYREMAND, président du Tribunal d'Altkirch.

Nous ne rappellerons pas les nombreux documents de doctrine et de jurisprudence qui touchent de plus ou moins près à ces questions : tous ceux qui s'intéressent à la science juridique les connaissent. Nous abordons de suite l'exposé des raisons qui doivent, selon nous, déterminer leur solution.

La paternité est un mystère physiologique que la loi a enve-

loppé d'un voile impénétrable; la maternité, au contraire, est un fait visible, certain, susceptible d'une preuve matérielle : *Pater incertus, mater semper certa.* De là la conséquence que la reconnaissance du père ne peut jamais être que spontanée, *motu proprio.* Cette règle, qui est un hommage rendu à l'indépendance de la conviction humaine, le législateur ne la fait fléchir que dans un cas; c'est lorsqu'à côté de la paternité se présente la circonstance aggravante d'enlèvement. Permis alors, non-seulement à la victime, mais encore à toute personne intéressée, de rechercher et de démontrer le père. — Mais lorsqu'il s'agit de la mère, lorsqu'il s'agit d'un fait tombant sous le témoignage des sens et dont l'esprit peut acquérir la certitude, la règle qui respecte les hésitations naturelles du doute sur un problème éternellement insoluble, et qui interdit dès lors les reconnaissances forcées, cette règle n'a plus d'objet, et rien ne s'oppose plus à ce que la maternité, soit dans l'intérêt privé d'un enfant qu'on laisse dans l'abandon et l'oubli, au mépris des lois de la nature, soit dans l'intérêt de la morale publique qu'on outrage par les faveurs d'un excès contraire, ne puisse être recherchée et imposée. — Aussi le législateur proclame-t-il d'abord en principe, dans l'article 336 du Code Napoléon, que la reconnaissance de la mère peut résulter de la preuve de *son aveu* : d'où la conséquence qu'elle n'a pas besoin d'être explicite et spontanée; puis, dans l'article 341, il déclare, en termes généraux et absolus, après avoir interdit, absolument aussi, la recherche de la paternité, que la recherche de la maternité est admise. — Cette faculté ainsi proclamée, quelle en est la portée, quels en sont les éléments? La loi, en permettant la preuve même testimoniale, a-t-elle entendu limiter l'exercice de cette permission? A-t-elle entendu exclure la plus puissante de toutes les preuves, celle résultant de la possession d'état? Voilà le premier objet qui se présente à nos recherches.

Et d'abord une observation nous frappe. — La maternité ne peut se prouver que de deux manières : ou par des documents écrits, ou par des documents oraux. Or, administrer une preuve écrite, ce n'est pas rechercher la maternité, c'est la constater; ce n'est pas arriver à un résultat à travers des déductions et des raisonnements, c'est la proclamer de prime-saut, c'est la lumière qui n'a qu'à se montrer pour éclairer. Aussi le législateur a-t-il bien compris que borner sa preuve de la maternité à des

documents écrits, c'eût été le plus souvent refuser la preuve même; car s'il existe un titre écrit, il n'y a rien à rechercher, il n'y a qu'à produire. C'est pourquoi, et voulant octroyer une faculté complète et en faciliter le large exercice, le législateur a même autorisé la preuve testimoniale en la subordonnant seulement à un commencement de preuve par écrit, non pas relativement *au fait de l'accouchement*, mais relativement *au fait de l'identité*. — La recherche de la paternité est interdite, dit l'article 340 du Code Napoléon. — La recherche de la maternité est admise, dit l'article suivant, qui ajoute : « L'enfant qui réclamera sa mère sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée. Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins que lorsqu'il aura un commencement de preuve par écrit. » Ainsi, la preuve testimoniale de l'identité est consacrée, et si un acte écrit est exigé, ce n'est pas comme élément constitutif, mais comme élément de vraisemblance. Or, nous le demandons, en quoi consiste l'identité, si ce n'est en la possession d'état? Conçoit-on qu'on puisse prouver par témoins qu'un tel enfant est le même que celui dont telle femme est accouchée, autrement qu'en prouvant qu'il a été élevé par ses soins, logé dans sa maison, qu'elle l'a toujours présenté comme son enfant et qu'il a été considéré comme tel dans le public, qu'il a porté constamment la livrée maternelle; qu'en établissant, en un mot, une chaîne de rapports et de faits qui lient et rivent en quelque sorte l'enfant à sa mère, et dont l'ensemble constitue cette preuve saisissante et péremptoire, qu'on appelle la *possession d'état?* Ainsi, la *possession d'état* prouve nécessairement l'identité ; elle prouve bien plus encore, l'aveu tacite de la maternité, plus fort qu'un aveu explicite. Donc le législateur, en permettant la preuve testimoniale de l'identité, a par cela même et virtuellement autorisé celle de la possession d'état, qui présente d'ordinaire quelque document écrit, et qui, d'ailleurs, par ses éléments, constitue une preuve plus puissante que tous les titres, vérité proclamée par Portalis et reconnue par tous les auteurs. Vainement donc vient-on dire que les enfants naturels n'ont pas de famille, et dès lors point d'état, *nec genus nec gentem!* Cette objection échoue devant la volonté formelle du législateur, qui leur a reconnu un état en y attachant des droits héréditaires; qui, en outre, en autorisant la preuve testimoniale de l'identité, a reconnu et con-

sacré la possibilité de cet état, lequel renferme en soi les faits destinés à prouver l'identité. — Mais cette conclusion ne ressort pas seulement du texte de la loi; elle ressort encore et surtout de son esprit manifesté par la discussion au Conseil d'État. Nous nous bornerons, sur ce point, à rappeler le discours de Portalis, où, dans un passage si souvent invoqué, il disait : « Le réclamant ne pourra être admis à la preuve testimoniale... s'il n'a un commencement de preuve par écrit ou *une possession constante de la qualité de fils naturel* de la mère qu'il réclame. » (Fenet, t. X, p. 71.) Expressions tellement positives, qu'elles ont entraîné l'opinion de tous les auteurs. Ainsi, pas de doute possible sur l'admissibilité de la preuve par la possession d'état en matière de filiation naturelle, et l'argument tiré du silence du Code au chapitre des enfants naturels, sur lequel s'appuient certains arrêts, et qui est d'ailleurs assez peu concluant par lui-même, doit tomber devant des considérations empruntées au raisonnement, au texte de la loi et à la discussion qui a précédé sa naissance. Étouffer la lumière d'une preuve aussi péremptoire, aussi certaine, ce serait arriver à cette conséquence monstrueuse, que le fils pourrait épouser sa sœur et commettre librement un inceste!

Mais ici se présente une autre difficulté beaucoup plus grave. « La loi, dit-on, ne permet la recherche de la maternité qu'à l'enfant même, par exception au principe général, qui veut que les reconnaissances soient volontaires et authentiques; elle le permet dans l'intérêt seul de l'enfant. Quant aux tiers, ils ne sauraient avoir le droit de soulever le voile qui couvre la filiation incertaine d'un enfant pour lui imprimer la flétrissure de l'illégitimité et déverser la honte sur le front de sa mère! »

Nous demanderons d'abord où se trouve le texte d'où l'on puisse logiquement conclure que la loi n'a voulu permettre qu'à l'enfant seul la recherche de la maternité. En principe général, toutes les actions judiciaires sont permises lorsqu'elles s'appuient sur un intérêt légitime. Le droit d'agir est la règle, la défense est l'exception. Or, toute exception doit être écrite dans la loi. Voyons donc si la loi renferme une exclusion ou une prohibition quelconque. Ici la loi constitutive de la matière, c'est l'article 341 du Code Napoléon; cet article est divisé en trois paragraphes distincts, individualisés par des alinéas. Le premier dispose d'une manière générale et absolue que la re-

cherche de la maternité est permise. Il ne se sert pas d'une locution exclusive ou limitative ; il n'ajoute pas même qu'elle est permise à l'enfant : d'où la conséquence qu'il n'a pas entendu proclamer une faculté restreinte, mais une faculté générale. Ce qui le prouve encore, c'est la similitude de formule entre l'article 341 et celui qui le précède. L'article 340 dit : La recherche de la paternité est interdite. — Ces expressions sont absolues dans le sens de la prohibition. — L'article 341 dit : La recherche de la maternité est admise. — Ces expressions sont pareillement absolues dans le sens de la permission. — Il est certain, d'après la formule législative, que la paternité, hors le cas d'enlèvement, ne peut être recherchée par personne, ni par l'enfant, ni par les parents. Donc, *à contrario*, puisque la formule est diamétralement contraire, la maternité peut être recherchée et par l'enfant et par les parents. Donc le § 1er de l'article 341, qui présente à lui seul un texte complet, loin d'autoriser l'exclusion, la repousse au contraire. Mais on oppose les second et troisième paragraphes de cet article, qui disent : « L'enfant qui réclamera sa mère sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée. » — Cette disposition est-elle restrictive du principe général écrit dans la première partie de la loi? Et de ce que celle-ci ne parle ici *exempli causâ* que de l'enfant, est-ce à dire qu'elle a exclu toutes les autres personnes? Évidemment non. Pourquoi ce second alinéa ne s'occupe-t-il que de l'hypothèse où la maternité est recherchée par l'enfant? La raison en est saillante ; parce que c'est là l'hypothèse la plus ordinaire ; *Statuit lex de eo quod plerumque fit*. Ces mots « l'enfant qui réclamera sa mère » sont évidemment énonciatifs et non limitatifs. Ils ont pour objet unique, ainsi que le reconnaissent la plupart des auteurs, à la tête desquels se trouve Merlin, de régler la manière dont la preuve doit être administrée, et non d'indiquer les personnes qui sont autorisées à faire cette preuve. En définitive, si le législateur n'eût voulu donner cette autorisation qu'aux seuls enfants, qui l'empêchait de le dire ; qui l'empêchait de remplacer les expressions générales du premier alinéa de l'article 341 par ces expressions limitatives : La recherche de la maternité n'est admise qu'en faveur des enfants? Or, s'il n'a pas dit cela, c'est qu'il n'a pas voulu le dire. Il ne s'agit pas ici d'une rédaction ambiguë. La loi est parfaitement claire ; elle ne renferme ni li-

mitation ni exclusion. Donc, en admettre une, c'est restreindre où la loi a généralisé; c'est méconnaître la volonté du législateur ou plutôt la créer. — Mais il est un argument plus décisif, puisé dans l'art. 340. Aux termes du second paragraphe de cet article, la recherche de la paternité, dans le cas d'enlèvement, est permise non-seulement à la mère, mais encore à *toutes les parties intéressées*. Ainsi, l'intérêt suffit dans ce cas pour autoriser l'action. Et quelle action? *Une recherche de paternité*, de ce fait qualifié par la loi elle-même un mystère impénétrable! Ainsi, si le ravisseur avait légué la totalité de sa fortune au fruit innocent de ses impétueuses amours, ses parents légitimes auraient droit et qualité pour démontrer la paternité et faire réduire la libéralité! Et ils n'auraient pas ce droit et cette qualité lorsqu'il s'agit de la maternité, fait matériel et visible! Quoi! pour infliger une simple conjecture, une mystérieuse probabilité, la loi leur donne des armes, et il leur serait défendu d'agir pour démontrer un fait physique, une certitude matérielle! Quand des avantages excessifs auront été faits par la mère qui est toujours certaine, ils devront recevoir leur effet au mépris de la loi qui les proscrit, tandis qu'ils seront réductibles émanés de la paternité, qui est toujours incertaine! Comment admettre une inconséquence aussi choquante sans calomnier la loi? La recherche de la paternité a été proscrite avec raison comme une chimère et comme un scandale. La recherche de la maternité a été admise comme naturelle, facile et légitime. Or, si la loi permet la recherche même de la paternité dans un cas donné, ne serait-ce pas une monstruosité de soutenir qu'elle ne permet à ces mêmes tiers *dans aucun cas* la recherche de la maternité? Mais elle leur donne un pouvoir bien autrement étendu : par l'article 317, elle autorise les héritiers à *contester même la légitimité de l'enfant*. Ainsi, leur qualité suffit pour les rendre recevables à renverser une position acquise, fondée sur des titres apparents, et ils ne pourraient pas faire constater une illégitimité notoire et même avouée! Ils peuvent arracher à un enfant réputé légitime le masque de la légitimité, et le faire descendre à la condition d'enfant naturel, et ils ne pourraient pas faire reconnaître en justice une condition de cette nature chez un enfant qui n'en a jamais eu d'autre! Disons-le encore une fois : c'est calomnier le législateur que de lui prêter de pareilles inconséquences. — Mais, dit-on, il faut considérer la paix et la sécu-

rité des familles et l'honneur de l'enfant! A cela nous répondons d'abord que la paix et la sécurité des familles sont tout aussi bien compromises par les réclamations des enfants que par celles des tiers; que le trouble est dans la preuve et non dans la personne qui la produit; que la considération de ce trouble n'a nullement arrêté le législateur; qu'autrement il eût absolument interdit la recherche de la maternité. Or, s'il l'a permise, c'est parce que la paix des familles, quelque touchante qu'elle soit, doit fléchir devant des considérations plus puissantes. — Nous répondons ensuite que cette phraséologie n'a aucune portée quand il s'agit de la possession d'état; il n'est pas plus question alors de déshonorer la mère que les enfants : la mère qui, en élevant ses enfants et en leur donnant son nom, a publiquement avoué sa faiblesse; les enfants, qui ne peuvent être autre chose que des bâtards, puisque telle est la position que leur imposent forcément et leurs actes de naissance et la possession conforme qui les a suivis!

Indépendamment de ces premières considérations, qui ne nous semblent pas dénuées d'une certaine force, il en existe une autre qui les domine toutes et qui constitue, suivant nous, la raison décisive et sans réplique. — Refuser une action aux parents, c'est rendre illusoire, c'est anéantir les dispositions de la loi, qui ont limité les avantages permis aux enfants naturels; c'est en un mot, comme on le disait au Conseil d'État, abolir le mariage.

La condition des enfants naturels, avant d'être définitivement réglée par le Code civil, a traversé des vicissitudes tour à tour trop favorables ou trop rigoureuses.

Autrefois, les enfants naturels étaient flétris avant leur naissance, et la loi ne leur accordait, même en cas de reconnaissance, que de simples aliments. — C'était là une législation barbare.

Le droit intermédiaire remplaça une injustice par un excès. Dans l'enthousiasme des idées naturelles et dans l'ivresse d'égalité qui fermentaient alors, on confondit dans les mêmes honneurs les fruits du désordre et ceux du mariage; on inaugura ainsi le règne du célibat. — C'était là une législation immorale.

Les rédacteurs du Code Napoléon surent éviter avec bonheur les écueils de ce double excès.

Les droits du sang et la voix de l'innocence, étouffés par la

législation antérieure, parlaient avec énergie en faveur des enfants naturels. — D'un autre côté, la dignité du mariage, blessée par la législation intermédiaire, réclamait une grande réparation. — Il fallait donc, en posant de justes limites, satisfaire tout à la fois l'humanité et la société : l'humanité, en secourant avec efficacité des victimes innocentes; la société, en n'accordant à ces victimes, dont la naissance est un désordre, qu'une partie seulement des droits dont la plénitude seule doit appartenir à la filiation légitime. Ce problème social a été heureusement résolu par l'article 757 du Code Napoléon qui, tout en accordant aux enfants naturels une large indemnité, fait prévaloir l'honneur de la légitimité, et consacre les prérogatives qui en sont le digne encouragement.

Mais il ne suffisait pas de limiter les droits des enfants naturels, il fallait que cette limitation fût sanctionnée par une défense expresse; il fallait obvier aux fraudes qu'elle allait susciter. Le législateur y a pourvu par les articles 908 et 911, où il dit que « les enfants naturels ne pourront, par donation entre-vifs ou testament, rien recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre des successions; » que « toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom d'une personne interposée. »

Il est impossible de se méprendre sur le caractère de ces dispositions. N'est-il pas évident que la réserve, au profit des parents, n'a pas été créée dans le but de les favoriser, mais bien plutôt dans celui d'atteindre les enfants naturels? La loi a voulu, a dû prévenir et réprimer les unions illégitimes, en frappant d'une incapacité relative les enfants qui en sont issus; dans un intérêt de morale et d'ordre, elle a créé une distinction entre les effets de la filiation légitime et ceux de la filiation naturelle qui est une offense au mariage; elle a posé d'une main ferme la limite infranchissable qui doit les séparer. L'article 757 du Code Napoléon est donc une loi d'ordre public, s'il en fut jamais. (Voy. les discours de Treilhard, Siméon, Jaubert et Chabot de l'Allier, au Corps législatif et au Tribunat.) Cet article n'est pas une loi de personnes, mais une loi de mœurs; et tant que le mariage jouira des honneurs qui lui sont dus, il devra conserver son empire. — Qu'on ne vienne donc pas, mettant en balance la position des enfants et celle des collatéraux, faire valoir l'in-

térêt qui s'attache aux uns contre la froideur qu'inspirent les autres! Ce serait déplacer le terrain de la question ; il ne s'agit pas ici de tel ou tel intérêt personnel : ce n'est pas l'intérêt des parents, comme on l'a fait observer, qui a déterminé le législateur, mais un intérêt bien autrement puissant, celui du mariage et des bonnes mœurs, l'intérêt social, en un mot. Il fallait un moyen d'empêcher ou de punir les unions illicites, et la loi n'en a pas trouvé de meilleur que l'incapacité des enfants. Si les parents profitent de cette incapacité, c'est parce que le législateur avait besoin d'eux pour remplir ses vues : ils ne sont pas les objets, mais les intruments de son système.

Il faut donc bien se garder de se laisser entraîner ici par la position respective des plaideurs en ne voyant, d'un côté, que *d'avides collatéraux*, suivant l'expression consacrée, et, de l'autre, d'intéressants enfants. La partie véritablement en cause, c'est la société, c'est la morale dont les droits sont blessés. C'est en leur nom et dans leur intérêt que la recherche de la maternité, ou au moins la recherche de la reconnaissance de la maternité, doit être admise, si l'on ne veut pas que l'article 757 soit impunément et scandaleusement éludé. Ne résulte-t-il pas clairement du texte même de l'article 908, qui forme avec l'article 757 le complément du système restrictif de la loi, que le droit d'action appartient aux parents? Cet article interdit en effet aux enfants naturels de « rien recevoir par donation entre-vifs ou par testament au delà de ce qui leur est accordé au titre des successions. » Où trouverez-vous la sanction de cette défense, si ce n'est dans l'action des parties intéressées? Donc interdire cette action, c'est annuler la loi, c'est la réduire à l'état de lettre morte. Si vous décidez en principe que les testaments et donations ne pourront être réduits que lorsqu'il existera un acte formel de reconnaissance, qu'arrivera-t-il? c'est qu'il n'y aura plus de reconnaissances. Pourquoi reconnaîtrais-je mon enfant, dira la mère, si cet acte ne doit avoir pour effet que d'imposer des bornes aux effets de ma tendresse? Pourquoi le reconnaîtrais-je, si de mon vivant je puis l'avouer et le traiter comme mon enfant, sans que ce traitement enchaîne le moins du monde la liberté de mes dispositions en sa faveur? Ma reconnaissance écrite et expresse, loin d'être un bienfait, ne serait pour lui qu'un sacrifice. Je me garderai donc bien de le reconnaître, mais j'en ferai mon héritier, et c'est ainsi que j'aurai

joui, moi, des douceurs de la maternité, et qu'il recueillera, lui, tous les avantages de la légitimité! Une telle combinaison se peut-elle tolérer? Peut-on admettre que c'est là ce que le législateur a permis en exigeant une reconnaissance comme condition des droits des enfants naturels, et n'est-il pas déraisonnable que l'enfant naturel non reconnu, mais avoué, puisse être traité plus favorablement que celui qui a été l'objet d'une reconnaissance légale?

La mère naturelle a le choix entre deux situations, entre le mystère et l'aveu. — Le mystère la prive des caresses de son enfant, la livre aux alarmes sur l'éducation et le sort de cet enfant : le mystère fait saigner la nature. — C'est alors que, pour se dédommager de la privation des joies maternelles, elle peut disposer librement en faveur de cet enfant, qui ne fut jamais pour elle, aux yeux du monde, qu'un étranger, et qui ignora sans doute lui-même le secret de sa naissance. La mère trouve alors dans le libre exercice de cette faculté une compensation aux privations qui ont pesé sur son cœur; elle acquitte après sa mort une dette à laquelle un sentiment de respect pour la morale publique l'a empêchée de faire honneur de son vivant. — Mais lorsque la nature est plus forte que ce sentiment, lorsque la mère ne peut se décider à abdiquer, à se priver des douceurs et des devoirs de l'éducation maternelle, lorsqu'elle proclame elle-même sa maternité, et que, bravant l'opinion, elle dit au public : voici mon enfant, *adsum quæ feci*, elle s'acquitte envers cet enfant de la plus grande partie de cette dette; elle ne peut plus étendre ses libéralités au delà de la mesure légale. Elle avait le choix entre le mystère et l'aveu. Elle a opté pour les jouissances et les devoirs de l'aveu : elle ne saurait donc revendiquer les droits du mystère; elle ne saurait tout à la fois traiter son enfant comme tel de son vivant et le favoriser comme étranger après sa mort. Lui accorder le droit de cumuler les avantages de ces deux positions, ce serait confondre les idées de morale sociale qui ont déterminé le législateur; ce serait outrager la conscience publique! Comment tolérer en effet que des enfants publiquement avoués, reconnus pour enfants naturels, puissent hériter comme s'ils étaient légitimes? Ne serait-ce pas blesser essentiellement ce sentiment d'honnêteté publique qui ne consent pas à placer sur la même ligne les fruits du désordre et ceux du mariage? Il faut donc conclure qu'on ne

peut tout à la fois avouer un enfant naturel et l'instituer comme s'il ne l'était pas, et qu'il n'est qu'un moyen d'empêcher ce cumul immoral, c'est d'autoriser les parents à faire la preuve de cet aveu, qui, en définitive, lorsqu'il résulte de la possession d'état, constitue une reconnaissance plus formelle, puisqu'elle se répète chaque jour et se fortifie par le temps, qu'une reconnaissance écrite qui n'est que l'ouvrage d'un instant.

En résumé, nous croyons avoir démontré qu'en cas de libéralités excessives, les parents ont nécessairement le droit, d'après la combinaison des articles 341 et 757 du Code Napoléon, de prouver la maternité naturelle, non pas celle, si l'on veut, qui s'est toujours enveloppée des ombres du mystère, mais la maternité avouée, manifestée publiquement, et dont la constatation judiciaire, après tout, loin d'être une révélation ou un scandale, n'est que la consécration légale d'un fait acquis.

NEYREMAND.

DU DÉSAVEU DE PATERNITÉ EN CAS DE SÉPARATION DE CORPS.

Par M. Quénault, docteur en droit, substitut à Amiens.

Parmi les mesures législatives adoptées dans ces dernières années, il n'en est peut-être pas de plus importante par son objet que celle qui réalisant une réforme depuis longtemps réclamée et plusieurs fois tentée sans succès, a modifié la présomption légale de paternité à l'égard de l'enfant conçu après une instance en séparation de corps.

Cependant la doctrine et la jurisprudence ne sont pas encore complétement fixées sur la portée de cette modification et sur l'interprétation de la loi du 6 décembre 1850, qui l'a introduite.

Cette loi porte : Il sera ajouté à l'article 313 du Code civil, un paragraphe ainsi conçu : « En cas de séparation de corps » prononcée ou même demandée, le mari pourra désavouer l'en- » fant qui sera né trois cents jours après l'ordonnance du pré- » sident rendue aux termes de l'article 878 du Code de procé- » dure civile, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet

» définitif de la demande ou depuis la réconciliation. L'action en » désaveu ne sera pas admise s'il y a eu réunion de fait entre » les époux. »

Quelles sont les conditions imposées par cette loi au désaveu qu'elle autorise? Faut-il décider avec quelques auteurs [1], et conformément à un arrêt rendu en audience solennelle par la Cour impériale d'Amiens, le 30 juin 1853, que le mari exerçant l'action en désaveu et justifiant les circonstances prévues par la loi du 6 décembre 1850, aura encore d'autres preuves à faire et devra, comme il est dit au premier paragraphe de l'article 313 du Code Napoléon, proposer tous les faits propres à établir qu'il n'est pas le père de l'enfant?

Doit-on au contraire tenir pour certain, avec d'autres auteurs [2], avec un arrêt de la Cour impériale de Paris, du 18 février 1854, et un jugement du tribunal d'Amiens, du 3 février 1857, que le désaveu du mari, sans aucune justification autre que celle des circonstances spécifiées par la loi du 6 décembre 1850, suffit pour faire tomber la présomption de paternité, et que l'effet de ce désaveu, péremptoire de sa nature, ne peut être repoussé que par la preuve d'une réunion de fait entre les époux, preuve mise par la loi à la charge de l'adversaire du mari?

Entre les doctrines sur lesquelles s'appuient ces deux interprétations contraires, et dont l'une tend à conserver, l'autre à enlever à la présomption légale de paternité, la plus grande partie de sa force après la séparation de corps, la lutte n'est pas nouvelle. Sur ce point comme sur beaucoup d'autres, l'ancienne jurisprudence ne reconnaissait pas de règle fixe et précise. M. Merlin cite deux arrêts des 9 mai 1693 et 1er décembre 1701 qui avaient déclaré bâtards adultérins des enfants conçus depuis la séparation des époux pour cause d'adultère. Mais on se tromperait si l'on prétendait trouver dans ces arrêts la consécration d'un principe constamment suivi. La jurisprudence des anciens tribunaux subordonnait l'application de la maxime *pater is est* à la nature des faits et des circonstances caractéristiques des diverses espèces qui se présentaient à juger [3]. Seulement

[1] Marcadé, 5e édit., t. II. art. 313, § 4.—Massé et Vergé, t. I, § 156, note 5. — Devilleneuve *Recueil général des arrêts*, t. LIV, 2e partie, p. 81, note 1.

[2] Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 57, n° 40 (1853). — Mourlon, *Premier Examen*, p. 233 (1852).

[3] Arrêt cass. 9 novembre 1809.

deux opinions différentes tendaient à diriger chacune dans leur sens, ces appréciations de fait. La doctrine que M. d'Aguesseau a soutenue avec le plus d'autorité et de succès ne faisait fléchir la présomption de paternité résultant du mariage que devant la preuve de l'impossibilité physique de cohabitation. D'autres jurisconsultes, au contraire, tendaient à faire admettre une autre exception tirée de l'impossibilité morale du commerce entre les époux, impossibilité morale résultant du concours de plusieurs circonstances et notamment de la séparation de corps [1].

Le débat sur ces questions ne pouvait manquer de se reproduire dans les délibérations qui préparèrent le Code Napoléon, lorsqu'on entreprit de substituer au pouvoir des anciens tribunaux des règles fixes et précises, et de déterminer dans la loi même les circonstances exceptionnelles qui pourraient faire cesser la présomption de paternité ou la modifier. *L'impossibilité morale de cohabitation* fut admise sous certaines conditions dans l'article 313 du Code, comme cause de désaveu. On était ensuite naturellement conduit à fixer sous ce rapport les conséquences de l'état de séparation de corps. Aussi dans le projet présenté par la section de législation (séance du 16 brumaire an X), l'article 4 du chapitre Ier du titre de la paternité et de la filiation faisait cesser par l'effet de la séparation de corps, la présomption de paternité. Soutenue par M. Boulay, de la Meurthe, combattue par M. Cambacérès et par le premier consul, cette proposition fut ajournée jusqu'après l'examen des matières du divorce et de la séparation de corps, et la nouvelle discussion qui eut lieu dans la séance du 22 fructidor an X ne fut point favorable à la proposition de la section qui fut écartée [2].

Les tentatives faites sous la restauration et sous le gouvernement de 1830, pour obtenir des chambres une résolution dans le même sens, dont la nécessité se faisait sentir de plus en plus depuis l'abolition du divorce, restèrent également sans succès. Un projet de loi sur la séparation de corps présenté le 28 décembre 1816, et une proposition de M. le président Boyer à la chambre des pairs, à la date du 14 janvier 1834, qui l'un et l'autre faisaient cesser de plein droit par l'effet de la séparation de corps, la présomption de paternité, ne purent aboutir. Il y a

[1] V. M. Merlin, *Questions de droit*, v° *Légitimité*, § 2, et le *Nouveau Répertoire* de Dalloz, v° *Paternité et filiation*, n° 13.

[2] V. Locré, t. VI, p. 85 et 86, et t. V, p. 252 et 253.

lieu de penser que l'avortement de ces propositions eut surtout pour cause la difficulté de s'entendre sur la mesure à conserver dans la disposition nouvelle et sur les moyens de concilier avec le respect dû au lien du mariage qui n'est point détruit par la séparation de corps, les garanties qu'il devenait nécessaire de donner au mari contre l'abus scandaleux que la femme séparée pourrait faire de son indépendance. On laissa ainsi subsister une lacune vraiment regrettable dans notre législation civile. Les auteurs ne cessèrent d'appeler de leurs vœux une réforme sur ce point, mais ils se divisèrent aussi sur la portée à donner à cette réforme que les uns voulaient plus prudente et plus modérée, les autres, plus hardie et plus radicale [1].

Enfin ces deux opinions, représentées par quelques-uns de leurs organes les plus éminents, en vinrent aux prises dans l'Assemblée législative, et le débat fut terminé par une transaction à laquelle nous devons la rédaction définitive de la loi du 6 décembre 1850. Mais ce débat ne fut point porté à la tribune, il fut concentré et demeura enseveli dans le sein d'une commission. De là l'obscurité qui a enveloppé la dernière délibération d'où la loi de 1850 est sortie plus ou moins transformée, plus ou moins profondément différente du projet primitif, sans qu'aucune explication publique soit venue répandre la lumière sur l'esprit et la portée des modifications qu'il a subies.

Le projet, dû à l'initiative parlementaire de M. Demante, alors député et en même temps professeur à la Faculté de droit de Paris, dans laquelle sa mort a laissé de si profonds regrets, consistait à ajouter à l'article 313 du Code Napoléon un paragraphe ainsi conçu : « Le même droit appartiendra au mari indépen-
» damment du recel de la naissance si les époux sont séparés
» de corps. Il suffira pour cela que la naissance soit postérieure
» de trois cents jours à l'ordonnance du président, qui aura au-
» torisé la femme à quitter le domicile conjugal, aux termes de
» l'article 878 du Code de procédure civile. »

Après avoir été prise en considération par la commission d'initiative parlementaire, cette proposition fut renvoyée à une commission spéciale. La commission choisit pour son rapporteur l'honorable et savant auteur de la proposition qu'elle adopta,

[1] V., d'une part, MM. Valette sur Proudhon, t. II, p. 25, note *a*; Richefort, *De l'état des familles*, p. 52 et suiv. — D'autre part, MM. Demolombe, t. IV, p. 605, et Demante, *loco citato*.

en se bornant à l'amender sur un point secondaire et étranger à celui qui nous occupe. Le projet élaboré par la commission portait toujours : « Le même droit appartiendra au mari, indépen-
» damment du recel de la naissance, si les époux sont séparés
» de corps. »

Ce texte ne laissait aucun doute sur l'intention d'accorder au mari, dans le cas de séparation de corps, les mêmes droits que le premier paragraphe de l'article 313 lui avait accordés en cas de recel de la naissance de l'enfant, et par conséquent de soumettre le mari aux mêmes obligations, quant à la preuve, dans le premier cas que dans le second. Le rapport de M. Demante était d'ailleurs parfaitement explicite sur ce point : « Il n'est
» aujourd'hui question, disait-il, ni de faire cesser de plein
» droit, par l'effet de la séparation de corps, la présomption de
» paternité suite du mariage, ni même d'attribuer au désaveu
» du mari un effet péremptoire..... Seulement, tandis que dans
» l'état normal du mariage, la force de la présomption est telle
» qu'elle n'admet point toute espèce de preuve contraire, il con-
» vient ici, parce que le commerce des époux est moins pro-
» bable, d'autoriser le mari à faire cette preuve par tous les
» moyens possibles. »

Le projet ainsi expliqué fut porté devant l'Assemblée et soumis, conformément au règlement alors en vigueur, à l'épreuve de trois lectures successives. Les deux premières fois il fut adopté sans contestation; mais à la troisième délibération un amendement fut proposé par deux membres de l'Assemblée, M. Valette, professeur à la Faculté de droit de Paris, et M. de Vatimesnil. La commission, dans le sein de laquelle l'amendement avait été sans doute discuté, déclara, par l'organe de son rapporteur, qu'elle l'acceptait, et il fut immédiatement mis aux voix et adopté, sans qu'aucun éclaircissement eût été donné, soit par les auteurs de l'amendement, soit par le rapporteur de la commission. Ce défaut d'explications pouvait entraîner une méprise sur l'importance du changement apporté par l'amendement à la proposition de M. Demante. L'inexactitude du compte rendu de la séance de l'Assemblée du 7 décembre 1850, inséré au *Moniteur*, page 3485, vint encore aider à cette méprise qui égara plusieurs arrêtistes. Suivant ce compte rendu, l'amendement n'aurait consisté qu'à ajouter au projet présenté par M. Demante les mots suivants : *l'action en désaveu ne sera pas ad-*

mise s'il y a eu réunion de fait entre les époux, addition qui aurait laissé subsister en son entier le projet de loi avec toutes les obligations qu'il imposait au mari, sauf à autoriser contre son action en désaveu une exception péremptoire. Cependant le véritable texte, qui était l'œuvre combinée des auteurs de l'amendement et de la commission, et qui s'éloignait davantage de la proposition de M. Demante, fut promulgué au *Bulletin des lois*. Mais ce texte parut sans autre commentaire officiel que l'exposé de doctrine fait par M. Demante dans son rapport. La loi restait encadrée, comme le projet primitif, dans l'article 313 du Code Napoléon, d'où l'on pouvait conclure qu'elle faisait partie d'un ensemble de dispositions inspirées par le même esprit.

Aussi beaucoup de jurisconsultes, de magistrats imbus de la théorie que M. d'Aguesseau avait professée avec tant d'autorité et que les auteurs du Code Napoléon avaient en grande partie conservée, furent conduits à interpréter la loi de 1850 dans le sens le plus conforme à cette imposante tradition. Pénétrés de l'importance, de la sainteté de la règle : *l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari*, ils se refusaient à croire que le législateur eût voulu l'anéantir ou même la faire céder au simple désaveu du mari, lorsque la séparation de corps laisse subsister, avec le lien du mariage, le devoir de fidélité conjugale et la présomption conforme à ce devoir. « Il est vrai, di-
» saient-ils, qu'aux termes de l'article 1352 du Code Napoléon,
» la présomption légale à son degré le plus faible admet la
» preuve contraire; mais alors il faut qu'à l'appui de son dés-
» aveu, le mari apporte des preuves. C'est d'ailleurs ce qu'éta-
» blit l'article 313, au système duquel on a rattaché la disposi-
» tion nouvelle, en ajoutant une autre cause de désaveu à celle
» qui était déjà prévue dans cet article. »

Une révélation décisive est venue nous apprendre que tel n'est point le sens de la loi du 6 décembre 1850. Cette révélation est due à M. Demante lui-même, et les fonctions de rapporteur qu'il avait remplies élèvent son témoignage à la hauteur d'un document officiel. Dans un ouvrage publié en 1853 (*Cours analytique*, tome II, page 57, n° 40), M. Demante fait connaître dans quelle mesure le système du projet, d'abord accueilli par l'Assemblée dans ses deux premières délibérations, fut modifié par l'amendement de MM. de Vatimesnil et Valette, adopté par

la commission et par l'Assemblée à sa troisième délibération. « On considéra, dit-il, que l'état de séparation de corps rendant invraisemblable le commerce des époux, la présomption » de paternité, conséquence du mariage toujours subsistant, » devait bien encore durer jusqu'à désaveu du mari; mais que le » désaveu fait par celui-ci dans les délais et dans les formes » voulues, ne devait être soumis à aucune justification autre que » celle de l'existence de la séparation ou de l'instance en séparation au temps de la conception de l'enfant. On exprima seulement que le désaveu ne serait pas admis s'il y avait eu » réunion de fait entre les époux, ce qui, du reste, ne peut avoir » d'autre signification que de réserver aux adversaires du mari » le droit de prouver cette réunion pour faire rejeter l'action en » désaveu. »

On en conviendra si l'on a soin de se dégager de toute opinion préconçue, cette dernière interprétation est seule conforme au texte de la loi du 6 décembre 1850. Ce texte, quoiqu'il ait été laissé, comme l'était le projet primitif, dans le cadre de l'article 313 du Code Napoléon, sans doute afin de ne pas changer tous les numéros des articles du Code, forme une disposition distincte qui a son individualité et qui se suffit à elle-même. Elle donne au mari le droit de désavouer l'enfant qui naîtrait dans un délai déterminé après la séparation de corps prononcée ou seulement demandée, mais elle ne lui impose aucune obligation corrélative à remplir pour l'exercice de ce droit, et ne l'assujettit pas, comme il l'est par le premier paragraphe de l'article 313, dans le cas de recel de la naissance de l'enfant, à proposer *tous les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père de l'enfant*. En mettant à la charge des adversaires du mari la preuve de la réunion de fait entre les époux, unique obstacle qu'elle oppose au succès du désaveu, la loi dit assez clairement que quant à lui il n'a aucune preuve à faire.

Le système de la loi de 1850, qui consiste surtout dans l'interversion des rôles relativement à la preuve des faits postérieurs à la séparation de corps, nous paraît fondée sur des motifs pratiques pris de la situation que la séparation de corps fait aux époux. Sans doute la présomption de paternité a son principe dans le mariage qui n'est point dissous par la séparation de corps; mais cette présomption doit la plus grande partie de sa force à deux conséquences du mariage, la cohabitation des

époux, l'autorité du mari accompagnée de tous les moyens de surveillance et de protection. Tant que les époux restent placés dans ces conditions normales, la présomption de paternité qui en découle demeure toute-puissante, et sa puissance est telle que les torts les plus graves de la femme, l'adultère, le recel de la naissance de l'enfant ne suffisent pas pour la détruire : seulement ils autorisent à la combattre à l'aide de preuves ou de présomptions contraires que le mari doit présenter et que la justice apprécie. Mais supposez qu'à la suite d'affligeants débats la justice ait ordonné aux époux de se séparer, et que l'exécution de cet ordre, en faisant cesser la vie commune et par suite tout commerce entre les époux, ait enlevé au mari les moyens de surveiller la conduite de sa femme, sera-t-il juste d'imposer à ce mari, désarmé par la loi, des justifications, des preuves de faits qu'il n'est plus maître de se procurer? La jurisprudence n'exige pas, même dans le cas où les époux ne sont point séparés, que le mari fasse la preuve directe de l'adultère de sa femme; elle considère que la faute de l'épouse est la conséquence forcée de la preuve que le mari n'est point le père de l'enfant; mais en admettant, avec quelques auteurs, que la preuve de l'adultère soit exigée dans le cas prévu par le premier paragraphe de l'article 313, elle ne saurait l'être à coup sûr après que le mari a perdu, avec le pouvoir de surveiller la conduite de sa femme, les moyens de connaître et de recueillir les faits qui sont les éléments essentiels de cette preuve. Quant aux articulations de *faits propres à justifier que le mari n'est pas le père de l'enfant*, en quoi doivent-elles consister? Il faut qu'elles soient de nature à faire présumer, à prouver par induction la cessation de tout commerce entre les époux. Cette présomption n'est-elle pas acquise ou plutôt cette preuve n'est-elle pas toute faite en cas de séparation de corps? Remarquez qu'il s'agit de la preuve, non de *l'impossibilité physique*, mais de *l'impossibilité morale* de cohabitation. Or ici c'est la loi même qui, par l'organe de la justice a défendu aux époux d'habiter ensemble, et suivant la formule usitée, de se hanter et fréquenter.

Dans cette situation il n'y a plus, à vrai dire, qu'un seul point à vérifier, et la loi de 1850 a sagement fait de tout réduire, de tout subordonner à ce point qui consiste à savoir s'il y a eu infraction à l'ordre de la justice, dérogation à l'état de choses qu'elle avait créé, par une réunion de fait entre les époux. A

qui devait-on imposer la charge de la preuve relativement à ce fait exceptionnel? Exiger du mari qu'il prouvât que cette réunion n'avait point eu lieu, c'eût été lui demander la preuve d'une négative presque indéfinie, c'eût été lui imposer, non pas la preuve de l'article 313, mais celle de l'article 312, et personne assurément ne pouvait y songer. Pour la femme, il s'agit de l'affirmation d'un fait dont elle a pu se ménager la preuve. La loi ne dit pas par quels moyens cette justification doit être faite, et laisse à cet égard la plus grande latitude.

Objectera-t-on que c'est là renverser les règles du Code Napoléon sur les effets généraux de la présomption légale qui, même dans les cas où elle admet la preuve contraire, dispense toujours de toute preuve celui en faveur duquel elle existe? Il s'agit ici d'une présomption à laquelle la loi a pu et dû attribuer des effets très-variés en les proportionnant à l'action plus ou moins puissante des circonstances qui viennent la modifier. En cette matière, les faits qui caractérisent chaque espèce ont une influence tout à la fois si marquée et si diverse que l'ancienne jurisprudence avait sagement subordonné à leur appréciation l'application de la présomption de paternité. Le législateur moderne, qui n'a point voulu faire une si large part à l'arbitraire du juge, a dû lui-même tenir compte des circonstances exceptionnelles qui, fournissant des présomptions contraires à la présomption de paternité, lui enlèvent plus ou moins de sa force. Car il est dans sa nature de pouvoir être affirmée, non-seulement par des preuves directes, qu'on ne saurait exiger en pareille matière, mais par des présomptions contraires, et l'état de séparation de corps fournit une de ces présomptions dont il appartenait au législateur de déterminer la portée et les effets.

Antérieurement à la loi du 6 décembre 1850, la présomption de paternité, en présence des circonstances diverses prévues dans les articles 312 et 313 du Code Napoléon, avait déjà deux degrés de force différents. Dans le cas de séparation de corps, auquel a pourvu la loi de 1850, la présomption de paternité, qui ne peut plus s'appuyer sur la cohabitation des époux ni sur le pouvoir de surveillance du mari, perd encore une plus grande partie de sa force. Si elle subsiste, c'est seulement parce que la loi ne peut supposer et présumer le mal. A l'exception tirée de l'impossibilité physique de cohabitation, le législateur avait ajouté déjà l'impossibilité morale résultant du concours des

circonstances énumérées dans le premier paragraphe de l'article 313. Dans le cas de séparation de corps, il y a bien davantage : l'impossibilité morale devient en quelque sorte une impossibilité légale; elle constitue l'état normal commandé par la loi et la justice, et conséquemment porte avec soi sa démonstration. C'était donc le cas d'intervertir les rôles relativement à la charge de la preuve. Toutefois, il n'est pas exact de dire que la présomption de paternité tombe devant la simple dénégation du mari. Le mari est obligé d'exercer en justice l'action en désaveu, et cette instance ouvre le débat sur la question décisive, celle de savoir s'il y a eu dérogation à l'état légal de séparation par une réunion de fait entre les époux.

Reste une dernière considération. « Il faut, disait M. Demante » dans son rapport, laisser la voie ouverte à une réconciliation » toujours désirable et contre laquelle pourtant la femme serait » toujours forcée de se tenir en garde, si elle pouvait craindre » de voir livrer à l'arbitraire du mari, venant plus tard à nier » cette réconciliation, l'état de l'enfant qui en serait le fruit. » On peut répondre d'abord que la loi ne livre pas ce grave intérêt à l'arbitraire du mari, puisque la justification d'une réunion de fait entre les époux rend inadmissible le désaveu. Y aurait-il d'ailleurs quelque chose de contraire à la morale et au principe de la loi sur la séparation de corps à détourner la femme de rendre à son mari tous les droits sur sa personne avant que la réconciliation publique et notoire des époux ait fait cesser entre eux l'état de séparation? Non; il est bon que les époux sachent que l'état de séparation de corps impose des sacrifices et des devoirs rigoureux. C'est à ce prix seulement qu'il est possible d'éviter le malheur et le scandale de cette déplorable incertitude sur la paternité que la loi nouvelle a voulu faire cesser.

A. QUÉNAULT.

NATURE DE L'OBLIGATION DE GARANTIE

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS.

SA DIVISIBILITÉ ET SON INDIVISIBILITÉ.

Par M. L. A. Eyssautier, avocat, docteur en droit.

SOMMAIRE.

1. Principes généraux sur la divisibilité des obligations.
2. Principes sur l'indivisibilité.
3. Suite.
4. Position de la question de divisibilité ou d'indivisibilité de l'obligation de garantie.
5. Systèmes opposés.
6. Tous deux admettent l'indivisibilité de l'action de garantie.
7. Mais l'un déclare l'exception de garantie divisible.—Moyens qu'il invoque.
8. L'autre pense que l'exception est indivisible. — Ses motifs; réfutation du premier système.
9. Notre système : l'obligation de garantie est toujours divisible en principe.
10. *Droit romain.* — Théorie de l'indivisibilité des obligations; textes.
11. Obligation de garantie. — Cas où il y a seulement un vendeur et un acquéreur; — ..... plusieurs acquéreurs; — ..... plusieurs vendeurs par actes séparés, par le même acte avec indication de parts, sans indication de parts; — ..... plusieurs héritiers d'un vendeur unique.
12. *Ancien droit français.* — Dumoulin, Pothier.
13. Transition au nouveau droit.
14. *Droit français actuel.* — En quoi consiste l'obligation de garantie.
15. L'obligation de garantie peut être absolument indivisible, ou bien indivisible *solutione;* — en principe, elle est divisible.
16. L'exécution partielle de l'obligation de garantie est possible.
17. Divers sens du mot *défendre;* — on peut défendre en justice pour partie. — Réfutation du moyen que les partisans du système adverse fondent sur la prétendue impossibilité de défendre pour partie.
18. Réfutation du deuxième moyen, fondé sur le préjudice que notre système pourrait causer à l'acquéreur. — Conclusion.
19. Cas d'indivisibilité *solutione.*
20. Droit de l'acquéreur à la résiliation de la vente.
21. Droit à des dommages-intérêts.
22. La bonne foi n'oblige pas l'un des garants, alors même qu'il en aurait les moyens, à exécuter pour le tout l'obligation de garantie.
23. L'acquéreur ne peut toujours exiger qu'on lui restitue tout le prix, s'il ne peut conserver la possession de la chose entière.
24. Résumé.
25. Jurisprudence.

Voici encore une de ces controverses séculaires où la doctrine et la jurisprudence tournent perpétuellement dans un cercle dont elles ne peuvent sortir. Aujourd'hui, toutefois, la jurisprudence a une tendance à se fixer; mais la voie dans laquelle elle est entrée nous semble dangereuse : aussi avons-nous cru nécessaire d'approfondir cette question, de contrôler tous les principes, de remonter à la source de la controverse, d'en rechercher la véritable cause, et nous sommes-nous trompé? Elle nous a apparu comme le produit d'une erreur, acceptée par tous sur l'autorité d'un grand nom.

1. Il est indispensable de rappeler brièvement quelques principes sur l'indivisibilité des obligations.

Un premier principe domine cette matière : toute obligation se divise entre les divers débiteurs et les divers créanciers qui ne sont pas unis par un lien de solidarité. Ils sont alors en effet étrangers les uns aux autres; pourquoi l'un des débiteurs serait-il obligé de payer la dette de l'autre, ou l'un des créanciers aurait-il le droit de réclamer ce qui est dû à son cocréancier?

L'obligation se divise, non-seulement entre débiteurs et créanciers originaires, mais encore entre héritiers du débiteur et du créancier, uniques dans l'origine. Ce principe est proclamé par les articles 870 et 1220 du Code Napoléon. Chaque héritier du débiteur sera libéré en payant une part proportionnelle à celle qu'il a prise dans la succession, chaque héritier du créancier n'aura le droit de réclamer que la part de la créance qui lui est dévolue. Sans doute il pourra arriver que cette division du payement soit préjudiciable au créancier ou même au débiteur : la règle n'en est pas moins absolue; elle se fonde sur ce principe de raison que l'on ne peut être tenu de la dette d'autrui et que l'on ne peut exiger ce qui ne vous est pas dû. Cela ne choque nullement dans le cas où il y a plusieurs débiteurs ou créanciers originaires; il n'en est pas de même peut-être quand, à l'origine, il n'y avait qu'un débiteur et qu'un créancier, et par conséquent où un payement partiel ne pouvait avoir lieu malgré leur volonté. Peu importe! la règle de l'article 1244 ne fera pas obstacle à la divisibilité, soit active, soit passive, de l'obligation.

2. Cette règle peut recevoir son application quand l'obligation est susceptible d'une exécution partielle; mais si, au contraire, cette exécution partielle est impossible, la règle devra

céder devant un obstacle insurmontable ; qu'on ne l'oublie pas, toutefois, elle ne cède que devant une impossibilité.

C'est ici que s'ouvre la théorie de l'indivisibilité des obligations.

Une obligation est indivisible quand l'esprit ne peut pas concevoir la chose ou le fait qu'elle a pour objet comme susceptible de parties aliquotes, « de parties, dit Molitor, telles que chacune d'elles conserve la même qualité que le tout, et qu'elles ne diffèrent entre elles et avec le tout que par la quantité et non par la qualité. » Cette indivisibilité peut résulter de la nature propre, intrinsèque de l'objet de l'obligation, ou bien de la manière dont la chose est due, *ut res debita est*, a dit Dumoulin, — du rapport sous lequel la chose a été considérée dans l'obligation, a dit l'article 1218, — de la nature que lui a donnée la volonté des parties, de sa nature conventionnelle, dit avec beaucoup de raison Marcadé. Dans le premier cas, il y a indivisibilité naturelle; dans le deuxième cas, indivisibilité conventionnelle, appelées, par Dumoulin et Pothier, l'une indivisibilité *naturâ aut contractu*, l'autre *obligatione*.

Les effets de ces deux sortes d'indivisibilité sont les mêmes. Y a-t-il un seul débiteur et un seul créancier, le seul effet de l'indivisibilité sera de rendre impossible tout payement fractionné, c'est-à-dire par parties aliquotes, malgré la volonté des parties, à moins de modifier la nature réelle ou conventionnelle de l'obligation. Vous me devez un droit de passage à voiture; si vous ne me livrez qu'un sentier à talons dont la largeur soit le sixième du chemin que vous me devez, je ne jouirai pas du sixième d'un passage à voiture, le chemin dont je jouirai aura une nature toute différente. Si, obligé de me construire une maison de quatre étages, vous me construisez seulement deux étages, vous ne serez pas libéré de la moitié de votre dette, je n'aurai pas la moitié d'une maison de quatre étages.

S'il y a plusieurs créanciers et un seul débiteur, quoique chaque créancier n'ait droit qu'à une part, comme l'exécution partielle est impossible, il pourra réclamer le tout; par le même motif, s'il y a plusieurs débiteurs, chacun d'eux devra payer le tout, quoiqu'il ne soit tenu que d'une part.

L'impossibilité du payement partiel est donc le résultat inévitable de l'indivisibilité de l'obligation ; et déjà nous pouvons

dire que toute obligation qui pourra être exécutée d'une manière divise n'est pas une obligation indivisible.

Ce caractère, qui appartient essentiellement à l'obligation indivisible, ne lui appartient pas exclusivement; il est en effet des obligations divisibles qui ne peuvent être exécutées divisément, et que, pour cette cause, on appelle indivisibles *solutione*: mais tandis que, pour l'obligation indivisible, c'est la nature de son objet qui rend toute exécution divise impossible; l'objet de l'obligation indivisible *solutione* est, au contraire, susceptible de parties, et par conséquent l'indivisibilité du payement n'y est pas produite par l'indivisibilité de l'objet de l'obligation. Une autre différence, conséquence de la première, sépare ces deux sortes d'obligations : l'obligation purement indivisible ne se divise pas mieux entre les créanciers qu'entre les débiteurs; l'indivisibilité *solutione* n'est que passive, elle n'existe que du côté des débiteurs (art. 1221 C. Nap.).

3. Quand l'obligation indivisible se résout en dommages-intérêts, il est naturel de penser que la règle que nous avons rappelée n° 1 va reprendre son empire, et que la dette va se diviser entre les débiteurs et les créanciers. Notre Code, avec Pothier, admet le principe; mais la conséquence logique serait que le créancier ne pût réclamer à chaque débiteur que sa part dans les dommages-intérêts. Il n'en est pourtant pas ainsi; il pourra réclamer tous les dommages-intérêts à un seul des débiteurs, sauf à ce dernier à mettre en cause ses codébiteurs pour obtenir le division de la dette, sinon il sera condamné pour le tout. Pourquoi cette mise en cause à la charge du débiteur, pourquoi cette pénalité? C'est une transaction regrettable, due à Dumoulin, avec le système du droit romain; elle est regrettable, parce que jamais le débiteur n'a *dû* qu'une part de l'obligation, et, s'il était obligé d'exécuter pour le tout, c'est qu'il n'avait pas d'autre moyen de payer sa part; cette impossibilité d'exécuter seulement pour sa part disparaissant, l'effet ne devait pas survivre à la cause.

4. C'est en présence de ces principes généraux du droit actuel sur les caractères et les conséquences de l'indivisibilité que nous avons à nous demander si l'obligation de garantie est indivisible. Disons dès à présent qu'elle est reconnue divisible entre les créanciers; que chacun d'eux ne peut en demander l'exécution que pour sa part; que, de même, le débiteur peut

n'exécuter que pour partie, avec le consentement du créancier; ce qui nous suffit (sauf à fournir ensuite une preuve plus complète) pour dire que l'obligation de garantie n'est pas indivisible d'une manière absolue. Est-elle au moins indivisible *solutione* dans le sens de l'article 1221?

Pour bien préciser la question, quelques observations sont encore nécessaires.

Si la chose vendue est indivisible, s'il s'agit, par exemple, de la vente d'une servitude, il est évident que l'obligation de garantie sera indivisible : il ne peut y avoir de controverse que dans l'hypothèse où la chose vendue est parfaitement divisible. Dans cette hypothèse, l'obligation de garantie est-elle nécessairement indivisible? Ne l'est-elle que dans certains cas? Ou bien est-elle toujours divisible? Telle est la question à résoudre.

L'exécution de l'obligation de garantie peut être demandée par voie d'action dans le cas où l'éviction est le fait d'un tiers ; par voie d'exception, quand elle est le fait du débiteur de la garantie, dont l'acquéreur repousse l'action en lui opposant son obligation de garantie et en invoquant la maxime romaine *quem de evictione*... Or, nous aurons à rechercher si l'obligation de garantie est indivisible, et dans le cas où son exécution est demandée par voie d'action et dans celui où elle est demandée par voie d'exception. Aussi généralement ne pose-t-on pas la question comme nous l'avons fait, mais sous cette forme : l'action et l'exception de garantie sont-elles divisibles? Nous montrerons combien ces termes sont impropres; c'est la nature de l'obligation qui détermine celle de l'action.

Notre question peut se présenter dans le cas où il y a plusieurs vendeurs originaires et dans celui où le vendeur unique a laissé plusieurs héritiers. En matière d'indivisibilité, généralement ce qui est applicable à un cas est applicable à l'autre. Des distinctions toutefois seront nécessaires, nous ne l'oublierons pas; mais, pour le moment, traitons la question d'une manière générale.

5. *In magnum et inextricabilissimum excidit labyrinthum*, s'écrie Dumoulin en abordant cette question, l'une des plus ardues de l'ancien droit, grâce aux textes mutilés de Tribonien, dont nos savants jurisconsultes n'osaient secouer le joug. De nombreuses opinions avaient été formulées, mais depuis Dumoulin, et sur-

tout depuis Pothier, deux opinions ont divisé et divisent encore la doctrine.

Toutes deux proclament comme constante l'indivisibilité de l'action de garantie (c'est-à-dire de l'obligation de garantie quand elle est demandée par voie d'action) ; mais l'une refuse de reconnaître le même caractère à l'exception, qu'elle regarde comme divisible, l'autre voit dans l'indivisibilité de l'exception une conséquence nécessaire de celle de l'action. La première paraît sacrifier la logique à l'équité, et la seconde l'équité à la logique.

6. L'action de garantie est indivisible, disent les deux opinions, parce qu'il est impossible de fractionner une défense, de plaider le tiers, le quart d'un procès, de faire valoir le tiers, le quart d'un moyen, de produire la fraction d'un titre. On ajoute que l'acheteur a acquis pour avoir la chose entière, et non pour en avoir une fraction ; qu'il ne peut, dès lors, souffrir le morcellement, le *cisaillement*, dit l'annotateur de Duperrier, de la chose qu'il a acquise. Il est inutile de remarquer que, parmi les auteurs, les uns présentent ce dernier moyen comme le complément essentiel du premier, qui ne pourrait suffire, à lui seul, à établir l'indivisibilité de l'action de garantie ; d'autres, au contraire, le présentent pour ajouter de la force à une démonstration qu'ils croient déjà faite.

D'ailleurs, dit-on, les conséquences de cette indivisibilité ne sont pas à redouter ; car l'obligation de garantie est une obligation de faire qui se résoudra toujours en dommages-intérêts : et, d'un autre côté, l'article 1225 donnant au débiteur attaqué le droit de mettre en cause ses codébiteurs, le créancier préférera les mettre tous en cause dès le début du procès. Cela est très-vrai ; mais si les conséquences de l'indivisibilité sont ainsi atténuées, ne croyons pas qu'elles disparaissent complétement. Ainsi, par exemple, Pierre et Paul doivent chacun pour moitié, garantie de la vente d'un immeuble ; l'éviction n'a eu lieu que pour la moitié indivise dont Paul est garant : pourra-t-on, en vertu de l'indivisibilité, attaquer Pierre? Ou bien : il y a eu éviction pour le tout, Pierre a les moyens de réintégrer l'acquéreur en la possession de la moitié indivise dont il est garant ; l'indivisibilité de la garantie s'y opposera-t-elle? Et, si nous supposons que l'obligation, pour défaut d'exécution, se résolve en dommages-intérêts, n'arrivera-t-il pas que le créancier ai-

mera mieux s'adresser à un seul de ses débiteurs et lui laisser les charges de la mise en cause? Dans ce cas, le débiteur devra faire les avances des frais de la cause; et si, par suite des circonstances, il n'use pas de la faculté que lui donne l'article 1225, il sera condamné seul à tous les dommages-intérêts, et n'aura plus qu'un recours, parfois illusoire, contre ses codébiteurs. Enfin, une dernière conséquence de l'indivisibilité de l'action de garantie ne sera-t-elle pas l'indivisibilité de l'exception?

7. C'est ici que les auteurs se divisent en deux camps ennemis, et engagent une lutte dont l'aigreur est loin d'apporter des lumières à la discussion. Reproduisons les arguments en faveur de l'un et l'autre système.

Les partisans de la divisibilité de l'exception disent, avec Dumoulin et avec Pothier : 1° si le vendeur n'avait pas livré la chose vendue, l'acquéreur ne pourrait réclamer à chaque héritier la délivrance de la chose que pour partie; et, si parmi les héritiers se trouve le véritable propriétaire de la chose, il sera libéré en délivrant sa part. Or, si le vendeur a livré la chose, comment la condition des héritiers serait-elle pire? comment l'héritier, véritable propriétaire de la chose vendue, ne pourra-t-il la revendiquer, en offrant à l'acquéreur de lui laisser la part pour laquelle seule il est tenu de le garantir? — 2° l'obligation de défendre n'est pas *précise*, absolue; on ne peut obliger, par exemple, à plaider une cause, et par conséquent l'obligation de défendre peut toujours, au gré du débiteur, faire place à celle de payer le prix et les dommages-intérêts; chaque débiteur se déchargera donc de l'obligation de défendre en offrant sa part du prix et des dommages-intérêts; — 3° l'obligation de garantie comprend trois choses : faire jouir, défendre, payer les dommages-intérêts; si le vendeur fait jouir l'acquéreur de la chose vendue, il n'a plus à le défendre, car l'obligation de faire jouir est parfaitement divisible; et si l'un des héritiers s'acquitte pour sa part de la première obligation, il est déchargé de la seconde[1].

8. A ces moyens, le deuxième système répond, à mon sens, victorieusement :

[1] Ce système est celui de Dumoulin, *Div. et ind.*, pars 2, n°s 407 et suiv., 487 et suiv.; Pothier, *Vente*, n°s 103 et suiv., 174 et suiv.; Lebrun, Voët, Facchinée (V. *infrà*, n° 12), et, sous le nouveau droit, de Merlin, *Rép.*, v° *Éviction*, n° 5; Zachariæ, § 355, note 4; Duranton, t. XVI, n° 265, et t. XI, n° 965; M. Troplong, *Vente*, t. I, n° 457.

Comment comparer l'obligation de livrer à celle de garantir, après avoir proclamé que si l'action en délivrance est divisible, l'action en garantie est indivisible? L'indivisibilité de l'action une fois admise, il est impossible de ne pas conclure à l'indivisibilité de l'exception; n'est-ce pas toujours la même obligation dont on demande l'exécution, tantôt par un moyen, tantôt par un autre? La forme de l'action ne peut changer la nature de l'obligation; c'est l'obligation qui, divisible ou indivisible, donne sa nature à l'action; et, s'il est reconnu que l'obligation de garantie est indivisible, quand l'exécution en est demandée par voie d'action, elle ne peut perdre ce caractère quand l'exécution en est demandée sous une autre forme. Pour savoir si l'on peut agir pour le tout ou pour partie, si l'action est divisible ou indivisible, la loi recherche quelle est la nature de l'obligation; ne serait-il pas étrange de suivre la marche opposée, et pour déterminer la nature de l'obligation, de rechercher quelle est la forme employée pour en demander l'exécution?

Ce n'est pas tout. Quelle est la base de l'exception de garantie? Rien, en droit, n'est plus simple. Le débiteur de la garantie attaque l'acquéreur, revendique la chose vendue; s'il l'évince, le droit à la garantie s'ouvre, l'acquéreur évincé s'armera de ce droit, et, au moyen de l'action en garantie, reprendra la chose vendue dans les mains de celui qui vient de l'en dépouiller. Il était naturel d'empêcher le débiteur de la garantie de prendre ce qu'il allait être obligé de rendre; de là la maxime *quem de evictione...* de là l'exception de garantie. Elle n'est autre chose que l'action même en garantie intentée avant la réalisation de l'éviction, elle est une sorte de compensation entre le droit de revendication que le débiteur de la garantie pourrait avoir contre l'acquéreur, et le droit de garantie qui appartient à ce dernier. Mais, s'il n'y a qu'une compensation entre les deux actions, entre les deux droits, s'il ne s'agit que d'empêcher le débiteur de la garantie de prendre ce que l'action en garantie le forcerait de rendre aussitôt après l'éviction, n'est-il pas évident pour tous que la mesure de l'action sera la mesure de l'exception? que, si l'acquéreur évincé n'aurait le droit de reprendre, au moyen de l'action en garantie, qu'une seule partie de la chose, il ne pourra opposer l'exception que pour cette partie; mais si, au contraire, l'action en garantie lui permettrait de reprendre toute la chose dont il a été évincé, il pourra oppo-

ser l'exception pour le tout? En d'autres termes, la compensation aura lieu *jusqu'à due concurrence*. Or, l'action en garantie étant indivisible, l'acquéreur peut agir pour le tout contre chacun des débiteurs de la garantie; si l'un d'eux l'a évincé, il pourra donc lui réclamer le tout; de même, par l'exception, il pourra neutraliser pour le tout son action en revendication. Cette conséquence est invincible et, pour l'éviter, il faudrait soutenir que l'action en garantie elle-même n'est pas indivisible quand elle est dirigée contre le garant auteur de l'éviction; mais alors elle serait indivisible à l'égard des autres garants!... Comment la même action aurait-elle deux natures opposées?...

On dit encore, en faveur de la divisibilité de l'exception, que l'obligation de défendre n'est pas précise, absolue, qu'elle peut, au gré du débiteur, se résoudre en dommages-intérêts. C'est là une erreur. Elle ne se résout en dommages-intérêts que lorsqu'il est impossible d'en obtenir l'exécution, ce qui arrive quand la garantie est demandée par voie d'action. Mais, dès le moment où l'exécution directe peut être obtenue, le débiteur n'a pas le droit de s'y soustraire en offrant des dommages-intérêts. S'il était vrai que l'obligation de défendre n'est pas précise, le vendeur lui-même, ou son héritier unique, pourrait évincer l'acquéreur en offrant des dommages-intérêts [1].

Enfin, dans le premier système, on distingue, à propos de l'exception, trois chefs dans l'obligation de garantie : faire jouir, défendre, payer des dommages-intérêts; et l'on prétend que si l'un des garants a consenti pour sa part l'obligation de faire jouir, qui est divisible, il est déchargé de celle de défendre. Mais, répond-on dans le deuxième système, si cela était vrai relativement à l'exception, il en serait de même pour l'action, que tout le monde reconnaît pourtant indivisible, parce qu'en réalité faire jouir et défendre ne forment qu'une seule et même obligation complétement indivisible [2].

9. En présence de ces deux systèmes, il est impossible de ne pas être frappé de la logique irrésistible du second; l'indivisi-

[1] Nous adhérons à ce moyen avec une restriction, en donnant au mot *défendre* le sens de maintenir en possession. V. ci-dessous, n° 17.

[2] Ce système est soutenu, sous notre nouveau droit, par Delvincourt, éd. de 1819, t. III, p. 373, notes; Duvergier, *Vente*, n° 355; Marcadé, sur l'article 1629, n° 8; Dalloz, v° *Garantie*, n°s 15, 16, 127. — Dans l'ancien droit, V, *infrà*, n° 12; mais citons dès à présent Duval et Duperrier.

bilité, une fois admise, il faut conclure à l'indivisibilité de l'exception. Mais où le second système puise-t-il sa force? N'est-ce pas uniquement dans ce principe reconnu par tous, l'indivisibilité de l'action? Or, si ce principe n'était qu'une erreur, si l'action était divisible, quelle force à leur tour n'acquéreraient pas plusieurs des arguments du premier système, auxquels on n'a reproché qu'un défaut de logique trop évident?

Quant à nous, nous l'avouerons, dès le jour où nous avons étudié cette question, les preuves invoquées par Dumoulin, par Pothier et M. Troplong, en faveur de la divisibilité de l'exception, nous ont convaincu de la divisibilité de l'action, dont la première ne peut être qu'une conséquence, et nous nous sommes étonné que d'aussi grands jurisconsultes aient pu admettre l'une sans l'autre; plus tard, nous avons trouvé l'explication de cette erreur, bientôt nos lecteurs l'apprécieront. Nous avons été raffermis dans notre opinion par les arguments puissants de MM. Duvergier, Marcadé, et de la jurisprudence, qui mettent au grand jour le défaut de logique du premier système, mais qui en triomphent plutôt par la forme que par le fond.

Et pourtant nous hésitions en voyant les jurisconsultes les plus éminents proclamer, comme constant depuis des siècles, le principe de l'indivisibilité de l'action en garantie. Nous craignions de nous faire illusion. Mais bientôt nous avons découvert que déjà, dans l'ancien droit, notre thèse avait été soutenue, et que, de nos jours, elle avait été reproduite avec bonheur par M. Rodière[1]; nous avons dès lors marché avec plus de confiance; aujourd'hui, nous espérons démontrer avec évidence l'erreur du principe qui s'est propagé sous l'influence si dominante de Dumoulin, et que ce jurisconsulte avait cru trouver dans le droit romain.

10. En droit romain, l'obligation en garantie était-elle indivisible? Nous allons faire connaître tout ce que nous apprennent les textes de Justinien; selon nous, ils prouvent que l'action et l'exception de garantie étaient divisibles.

En droit romain, comme dans notre droit, en dehors de l'obligation corréale ou solidaire, toute obligation se divisait entre les débiteurs et les créanciers ou leurs héritiers (D.,

[1] *De la solidarité et de l'indivisibilité*, nos 431 et suiv.

liv. X, tit. 1, fr. 3 et 5, § 9 et suiv., *fam. ercisc.*); l'impossibilité d'une prestation partielle de l'obligation indivisible obligeait de faire une exception à cette règle générale et absolue qui remontait aux Douze-Tables.

Paul définit ainsi les obligations divisibles et indivisibles : « Quædam partium præstationem recipiunt... quædam præstationem partium non recipiunt, ut in his quæ naturâ divisionem non admittunt... quædam partis quidem dationem naturâ recipiunt, sed nisi tota dantur stipulationi satis non fit, veluti cùm hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quodlibet vas... » (D., iv. XLV, tit. 1, fr. 2, § 1, *de v. o.*)

Les obligations, au point de vue de leur divisibilité ou indivisibilité, sont ainsi divisées en trois classes : 1° obligations divisibles, 2° obligations indivisibles *naturâ*, 3° obligations divisibles, mais qui *nisi tota dentur stipulationi satis non fit.* La deuxième classe comprend les obligations indivisibles *naturâ aut contractu,* et *obligatione* de Dumoulin, dont la terminologie, comme on le voit, n'est nullement empruntée au droit romain; la troisième classe comprend les obligations indivisibles par la la forme de la convention; ce sont les obligations alternatives et génériques qui forment l'un des cas de l'indivisibilité *solutione* de Dumoulin, et de notre article 1221.

Ailleurs (fr. 85, *eod. tit.*) Paul, se préoccupant surtout de l'exécution des obligations, nous dit :

« In executione obligationis sciendum est quatuor causas esse; nam interdùm est aliquid, quod a singulis heredibus divisum consequi possumus (obligations divisibles), aliud quod totum peti necesse est, nec divisum præstari potest (obligations indivisibles); aliud quod pro parte petitur, sed solvi, nisi totum, non potest (obligations génériques et alternatives); aliud quod solidum petendum est, licet in solutionem admittat secutionem. » Dans cette dernière classe que nous ne connaissions pas encore, et que le caractère signalé par le texte distingue de toutes les autres, Paul range l'obligation de garantie et l'obligation avec clause pénale (*Ibid.*, §§ 5 et 6).

De ce qui précède retenons bien que ce qui caractérise l'indivisibilité, c'est l'impossibilité d'une prestation partielle; retenons que l'obligation de garantie, dont Paul ne parle pas au frag. 4, forme dans le frag. 85, une classe spéciale avec la clause pénale.

Voyons quelles étaient les conséquences pratiques de l'indivisibilité.

S'il n'y avait qu'un débiteur et qu'un créancier, le seul effet de l'indivisibilité était de rendre impossible une prestation partielle, alors même que les parties y auraient consenti.

S'il y avait plusieurs débiteurs, le créancier pouvait l'exécution pour le tout; il lui était même impossible de demander, comme au débiteur de faire une prestation partielle (*totum peti necesse est, nec divisum præstari potest*). Mais si la dette, faute d'exécution, se transformait en dommages-intérêts, la prestation divise devenant possible, le débiteur qui n'aurait pas exécuté l'obligation sur la demande qui lui en avait été faite, pouvait-il être condamné pour le tout, sauf son recours contre les autres débiteurs? Le principe de la division des dettes demandait qu'il ne fût condamné que pour sa part et portion. Cette conséquence ne fut admise que pour les obligations de faire (*in faciendo*), qu'en matière d'indivisibilité les jurisconsultes romains distinguaient avec soin des obligations de donner (*in dando*). Pour ces dernières, on appliquait un autre principe; on disait que le créancier devait être indemnisé à raison de ce que l'exécution de l'obligation lui aurait procuré, *æstimatio succedit in locum rei;* et puisque l'obligation aurait due être exécutée à son égard pour le tout, il devait obtenir des dommages intérêts pour le tout.

Pourquoi ce dernier principe ne recevait-il pas son application dans les obligations de faire? Nous croyons qu'il fut d'abord général; la loi des Douze Tables en faisait elle-même l'application à l'obligation de constituer une servitude. Plus tard, le droit prétorien, plus équitable et plus logique, y dérogea pour les obligations de faire, dont ne parlait pas spécialement la loi des Douze Tables, et rétablit pour elle le principe de la division des dettes, ce qu'il ne put se permettre pour les obligations de donner, en présence du texte formel de la loi [1]. On en

[1] V., entre autres, D., liv. VIII, tit. 5, fr. 4, § 4; liv. X, tit. 2, § 10, liv. XLV, tit. 1, fr. 2, § 2.

Le système de notre droit français n'est qu'une transaction entre ces deux systèmes différents du droit romain pour les obligations de donner et celles de faire. Chez nous, le créancier peut demander la condamnation d'un seul des débiteurs aux dommages-intérêts pour le tout; mais le débiteur a le droit, en mettant en cause ses codébiteurs, d'obtenir la division de la dette.

donne un autre motif; on dit que, dans l'obligation de faire, le fait n'était que *in facultate solutionis*, tandis que l'estimation formait l'objet principal de l'obligation. Nous ne voyons dans ce motif qu'un moyen employé par le droit prétorien pour échapper à l'application de la loi.

Dans le cas où il y avait plusieurs créanciers, chacun d'eux pouvait réclamer l'exécution indivise de l'obligation; mais à défaut d'exécution, il n'avait droit aux dommages-intérêts que pour le préjudice qu'il éprouvait personnellement. Ici aucune différence n'existait entre les obligations de donner et celles de faire.

A ces effets de l'indivisibilité ajoutons que la chose jugée à l'égard d'un seul l'était à l'égard de tous, et que la dette ne pouvait être remise pour partie.

Nous n'avons parlé que des obligations absolument indivisibles, de la deuxième classe des lois 4 et 85. Quant à la troisième classe, aux obligations alternatives et génériques, leur forme seule les rendait indivisibles, et cette indivisibilité était d'une nature bien différente. L'obligation comprenait alors plusieurs objets entre lesquels le choix pouvait appartenir au créancier ou au débiteur. S'il y avait plusieurs débiteurs et que le choix leur appartint, le créancier ne pouvait réclamer à chacun d'eux qu'une part de la dette, mais chaque débiteur ne pouvait se libérer valablement qu'en l'exécutant pour le tout, qu'en prestant tout entière l'une des choses comprises dans l'obligation. En voici le motif. Deux débiteurs ont promis de donner Stichus ou Davus; si l'un d'eux est libéré en donnant une moitié de Stichus, l'autre pourra l'être en donnant une moitié de Davus, et le créancier aura bien deux moitiés d'esclaves, mais n'aura pas un esclave entier, ce qui serait contraire à la stipulation. C'est uniquement pour éviter ce résultat que chaque débiteur sera tenu d'exécuter l'obligation pour le tout. Si le choix appartenait aux créanciers, ceux-ci étaient obligés de s'entendre pour ne réclamer au débiteur que la prestation d'une seule chose, et non les uns, une part dans une chose, les autres, une part dans une autre. D'ailleurs, dans tous les cas, si l'obligation n'est pas exécutée, chaque débiteur ne devait, et chaque créancier ne

Ne serait-il pas plus simple que le créancier mît dès l'origine tous les codébiteurs en cause?

pouvait réclamer qu'une part dans les dommages-intérêts.

En dehors de ces obligations, et dans une classe distincte, Paul place l'obligation avec clause pénale, et celle de garantie en cas d'éviction.

Disons un mot de la clause pénale. Une grande controverse s'est élevée sur le point de savoir si, attachée à une obligation divisible, elle la rendait indivisible, dans ce sens que si l'obligation n'était pas exécutée entièrement, la clause pénale était encourue, que si, par conséquent, l'un des débiteurs n'exécutait pas l'obligation pour sa part, la clause pénale était encourue pour le tout, même à l'égard des autres débiteurs. Nous ne pouvons aborder ici cette question, mais en présence du texte du liv. 25, §§ 9 et suiv., liv. 10, t. 2, *fam. ercis.*, il nous paraît impossible de ne pas reconnaître qu'il en fut ainsi dans l'ancien droit. La clause pénale était en quelque sorte une condition de l'exécution de l'obligation, qui se réalisait par suite de l'inexécution même partielle; tel est l'exemple cité par Paul à la loi 85. D'ailleurs la somme stipulée à titre de prime ne pouvait être réclamée à chaque débiteur que pour sa part.

Tel était selon nous l'ancien droit; mais le droit prétorien modifia sa rigueur, et permit, dans bien des cas, d'atténuer la peine en cas d'exécution partielle; c'est ce qui fut admis pour les contrats de bonne foi. Dans ces contrats la peine put n'être encourue que par ceux qui n'avaient pas exécuté l'obligation; mais l'action du prêteur ne put atteindre les contrats *stricti juris*. Ainsi peuvent s'expliquer les divergences dans les textes, qui ont fait naître cette controverse.

11. Arrivons à l'obligation de garantie dont Paul dit, ainsi que de l'obligation avec clause pénale, qu'elle peut être demandée *in solidum*, mais qu'elle admet une exécution partielle. Ne suffirait-il pas de ce dernier caractère signalé par Paul, et de la place que ce jurisconsulte lui assigne dans sa classification, pour décider que cette obligation n'est pas indivisible, même *solutione?* Mais entrons dans les détails des textes.

L'obligation de garantie était la conséquence de l'obligation contractée par le vendeur de faire avoir la chose, *rem habere licere :* l'acquéreur évincé pouvait demander au vendeur de le faire rétablir en la possession de la chose vendue, ou de l'indemniser du préjudice souffert, qui était ordinairement fixé par stipulation au double de la valeur : cette *stipulatio duplex* était

une véritable clause pénale. A défaut de *stipulatio duplex*, l'acquéreur pouvait agir par l'*actio empti*.

Ainsi le vendeur avait deux obligations, la première principale, faire maintenir l'acquéreur en possession, la deuxième subsidiaire, indemniser du préjudice souffert. Pour permettre au débiteur de la garantie d'exécuter son obligation, l'acquéreur devait lui dénoncer le fait de l'éviction. Ainsi averti, le vendeur pouvait aviser aux moyens de faire cesser l'éviction, et venir lui-même défendre à l'action. S'il ne se présentait pas, l'acquéreur n'en était pas moins obligé de défendre seul, car s'il mettait de la négligence dans sa défense, son action en garantie pouvait être repoussée.

Que le vendeur fût ou non venu défendre à l'action si l'éviction se réalisait, le droit aux dommages-intérêts s'ouvrait pour l'acquéreur; mais, si le vendeur parvenait encore à faire restituer à l'acquéreur la chose vendue, il ne devait de dommages-intérêts que pour les frais du procès [1]. Son obligation principale était donc bien de maintenir l'acquéreur en possession de la chose vendue.

Recherchons maintenant si l'obligation de garantie, dans ses divers chefs, était divisible ou indivisible, soit que son exécution fût demandée par voie d'action, soit qu'elle le fût par voie d'exception. Nous nous placerons dans les hypothèses diverses, où il y aurait, 1° un vendeur et un acquéreur; 2° plusieurs acquéreurs ou plusieurs vendeurs; 3° plusieurs héritiers de l'un et de l'autre.

Dans le cas où il n'y a qu'un débiteur et un créancier, le seul effet de l'indivisibilité, avons-nous dit, est de rendre impossible l'exécution partielle de l'obligation même avec le consentement des parties.

Or, nous voyons d'abord que si l'acquéreur n'est évincé que d'une partie soit divise, soit indivise de la chose vendue, il ne peut agir en garantie pour le tout, « cum pars evincatur, si quidem pro indiviso, regressum habet pro quantitate evictæ partis, » quod si certus locus sit evictus, non pro indiviso portio fundi,

[1] C'est ainsi qu'il faut interpréter les fr. 15, Dig., liv. XLIV, tit. 4, *Scævola*, et 67, Dig., liv. XXI, tit. 2, *Papinianus*. — V. Pothier, *Pandectes*, liv. XIX, tit. 1, n° 47.

» pro bonitate loci erit egressus[1]. » En présence de ce texte, posons-nous les questions suivantes :

L'acquéreur est menacé d'une éviction totale; le vendeur par une transaction obtient du tiers évinçant l'abandon de la moitié de ses prétentions; l'acquéreur est maintenu en possession de la moitié de la chose vendue; n'aura-t-il d'action en garantie que pour l'autre moitié? ou bien le vendeur prend le fait et cause de son acquéreur, il demande aux juges le maintien en possession pour le tout; les juges ne l'accordent que pour partie; ou encore le vendeur a lui-même reconnu les droits des tiers sur une partie de la chose vendue, et n'a défendu que pour l'autre partie; dans ces cas l'acquéreur n'aura-t-il d'action en garantie que pour la partie évincée? Le vendeur n'aura-t-il pas exécuté partiellement son obligation de maintenir l'acquéreur en possession, de le défendre, de le garantir? Et cela reconnu, pourra-t-on dire que l'obligation de garantie est indivisible?

Si maintenant nous supposons qu'il y a plusieurs acquéreurs ou que l'acquéreur originaire a laissé plusieurs héritiers, il est constant que chacun d'eux ne pourra agir en garantie que pour sa part. (D., liv. XLV, t. 1, fr. 5, § 2.)

Nous allons nous rapprocher de la difficulté. S'il y a plusieurs vendeurs, chacun d'eux devra-t-il exécuter l'obligation de garantie pour le tout?

Nous n'avons qu'un texte relatif à ce cas spécial; le voici :

« Si à me bessem fundi emeris, a Titio trientem, deindè partem dimidiam fundi à te quis petierit; si quidem ex besse, quem a me acceperas, semis petitus fuerit, Titius non tenebitur; si vero triens, quem Titius tibi tradiderat, et sextans ex besse quem a me acceperas, petitus fuerit : Titius quidem pro triente, ego pro sextante evictionem tibi præstabimus[2]. »

Il s'agit dans ce fragment de la vente faite par deux copropriétaires indivis d'un fonds, soit par actes séparés, soit par le même acte mais avec indication de parts. Il en résulte que, dans ce cas, si l'acquéreur est évincé de la part qu'il tient d'un seul des vendeurs, il n'aura pas de recours contre l'autre; que si l'éviction porte sur toute la chose vendue, chacun des vendeurs

[1] Dig., liv. XXI, tit. 2, fr. 1. V. aussi fr. 64 et 69, *in fine*.
[2] Dig., liv. XXI, tit. 2, fr. 39, § 2.

ne sera tenu que pour sa part; et il en sera de même si l'éviction, quoique partielle, porte indistinctement sur les parts acquises de l'un et l'autre vendeur. Qu'on remarque qu'il s'agit ici de la vente d'une chose indivise, et non de parties divises et déterminées d'un même fonds, et cependant l'obligation de garantie est bien reconnue divisible [1].

S'il n'y avait pas eu indication de parts, en serait-il autrement? Nous n'avons pas de texte, mais jamais l'indication des parts a-t-elle pu rendre divisible une obligation qui, de sa nature, était indivisible? Ensuite toute obligation ne se divise-t-elle pas par têtes entre les divers débiteurs? Dans ce cas, aucun lien n'unit les débiteurs entre eux; comment l'un pourrait-il être tenu de la dette de l'autre? Pierre et Paul vendent un immeuble dépendant d'une succession; Mœvius revendique contre l'acquéreur la moitié de l'immeuble, en soutenant que c'est lui et non Paul qui est le cohéritier de Pierre; si l'acquéreur est évincé, aura-t-il le moindre recours contre Pierre? N'en sera-t-il pas de même dans tous les cas où l'éviction n'aurait lieu que pour la part de l'un des vendeurs? Si l'éviction est totale, on ne comprendrait pas mieux que l'action de garantie ne fût intentée que contre un seul des vendeurs : peut-être leurs droits sur l'immeuble indivis ont-ils une origine complétement différente; pour repousser l'éviction ils n'auront pas à faire valoir les mêmes titres; ils n'ont pas d'ailleurs capacité pour défendre l'un pour l'autre; et si l'un parvient à repousser l'éviction pour sa part, il faudrait décider comme dans le cas du fragment 39, qu'il est dès lors libre de toute action.

Il est possible, sans doute, que tous les vendeurs aient à invoquer les mêmes moyens de défense, et que la défense de l'un puisse servir à l'autre; mais ce n'est pas ce qui constituera l'indivisibilité.

Ce que nous avons dit pour le cas où l'éviction provient du fait d'un tiers est vrai pour le cas où l'un des vendeurs voudrait, en respectant la vente en ce qui le concerne, évincer l'acquéreur des parts vendues par les autres vendeurs. L'exception de garantie est divisible aussi bien que l'action.

[1] On pourrait dire peut-être qu'il ne s'agit ici que du deuxième chef de la garantie, du remboursement du prix et de la prestation des dommages-intérêts. Mais nous appelons l'attention sur le mot général *tenebitur* et sur celui de *petitus fuerit*, qui prouve que l'éviction n'est pas encore accomplie.

Nous arrivons au cas où le vendeur a laissé plusieurs héritiers. Ici les textes sont nombreux; il s'agit d'en bien saisir l'esprit. En les lisant, il ne faut pas oublier que les héritiers auront toujours à invoquer les mêmes moyens de défense contre le tiers qui voudrait évincer l'acquéreur; leurs droits ont la même origine. D'un autre côté, l'action en éviction rejaillira toujours, ou presque toujours, sur tous les héritiers indistinctement, et non pas seulement sur quelques-uns d'entre eux, ce qui pourrait arriver pourtant si, par un motif ou par un autre, le tiers excluait de son action la part dont l'un des vendeurs est garant.

Lisons maintenant les textes :

Le premier qui se présente à nous est le fr. 62, § 1, D., liv. XXI, tit. 2 : « Si ei qui mihi vendidit, plures heredes exstiterunt, una de evictione obligatio est, omnibusque denunciari, et omnes defendere debent : si *de industriâ* non venerint in judicium, unus tamen ex his liti substitit, *propter denunciationis vigorem, et prædictam absentiam*, omnibus vincit aut vincitur, recteque cum cæteris agam, quod evictionis nomine victi sint. »

Le sens de ce fragment de Celse nous paraît assez clair. L'éviction doit être dénoncée à *tous* les héritiers, *tous* doivent venir défendre; si quelques-uns par artifice (*industriâ*) *ne* se présentent pas, et que pourtant l'un d'eux défende au procès, il triomphera ou sera vaincu pour tous ; et l'acquéreur pourra agir contre les autres, absolument comme s'ils avaient eux-mêmes soutenu le procès, c'est-à-dire qu'ils ne pourraient prétendre que l'éviction aurait pu être évitée en faisant valoir des moyens qu'on aurait négligé de présenter. Nous savons que c'est là un droit qui appartenait au vendeur quand il n'avait pas pris le fait et cause de l'acquéreur. Ce droit est refusé aux héritiers, quand l'un d'eux a défendu au procès, et cela *propter denunciationis vigorem*. A côté de ce texte, nous trouvons les suivants, dont il éclaire l'interprétation;

« In solidum verò agi oportet et partis solutio adfert liberationem, cùm ex causâ evictionis intendimus; nam auctoris heredes in solidum denunciandi sunt, omnesque debent subsistere, et quolibet defugiente omnes tenebuntur, sed unicuique pro parte hereditariâ præstatio injungitur. » (Dig., liv. XLV, tit. 1, loi 85, § 5.) C'est le fragment où Paul range l'éviction et la clause pénale dans la classe des obligations dont le paye-

ment peut être demandé *in solidum*, et être fait *pro parte*.

A la loi 139 est un fragment de Venuleius sur le même sujet : « Cùm ex causâ duplæ stipulationis aliquid intendimus, venditoris heredes in solidum omnes conveniendi sunt, omnes que debent subsistere, et quolibet eorum defugiente, cæteris subsistere nihil prodest, quia in solidum defendenda est venditio, cujus indivisa natura est ; sed cùm, uno defugiente, omnes defugisse videantur, ideò que omnes teneantur, unicuique pro parte hereditariâ præstatio incumbit. »

Ces deux textes jettent une grande obscurité sur la question, et ouvrent un vaste champ à la controverse. Nous comprenons qu'on ait pu y voir la preuve de l'indivisibilité de l'action en garantie dirigée contre les héritiers du vendeur ; mais si l'on rapprochait de cette loi les textes que nous avons déjà fait ou que nous ferons connaître, et qui prouvent, selon nous, qu'en droit romain l'obligation de garantie était divisible, on est entraîné à penser qu'il faut restreindre la portée des lois 85 et 139 à des limites fort étroites, et que ces lois laissaient subsister les effets essentiels de la divisibilité de l'obligation de garantie.

Il ne s'agit dans ces lois que des cas où les héritiers du vendeur sont appelés à défendre en justice à l'action qui menace l'acquéreur d'une éviction. Paul et Venuleius disent, comme Celse, que l'éviction doit être dénoncée à *tous* les héritiers, qu'ils doivent *tous* être appelés (*conveniendi*) ; ils ajoutent *in solidum*, qu'entendent-ils par là? Veulent-ils dire que chacun des héritiers est tenu de défendre pour le tout? Mais comment, s'il en était ainsi, l'acquéreur était-il obligé d'appeler tous les garants, et n'avait-il pas le droit de s'adresser à un seul, comme cela a lieu toutes les fois que chacun des débiteurs est tenu pour le tout, par suite de la corréalité, de la solidarité ou de l'indivisibilité de l'obligation? Cette réflexion nous paraît bien grave.

De savants jurisconsultes ont pensé que ce n'était pas chaque héritier qui était tenu pour le tout, mais bien tous les héritiers ensemble et collectivement, *omnes in solidum*, de telle sorte que si chacun d'eux ne pouvait pas défendre seulement pour sa part, il n'était pas non plus obligé, et même il ne pouvait pas défendre seul pour le tout ; il fallait donc que tous ensemble ils défendissent pour le tout. Cette interprétation est corroborée par ces termes vraiment énigmatiques de la loi 139. « ... Quo-

libet defugiente; cæteris subsistere nihil prodest... uno defugiente, omnes defugisse videantur... » Ainsi interprété, ce texte serait en antinomie avec le fragment de Celse, où nous avons vu que, si un seul héritier défend à l'action, il y aura chose jugée à l'égard de tous, tous seront censés avoir défendu. Ici, au contraire, on dit que si un seul ne se présente pas (*defugit*), tous seront censés ne s'être pas présentés.

Dumoulin combat cette interprétation qu'il appelle une fantaisie de Carolus Recinus, et interprète lui-même ainsi ce texte: « ... Il ne servira à rien aux autres de défendre *pour leur part*... tous seront censés ne s'être pas présentés, *s'ils ne défendent que pour leur part.* » Même avec ces additions au texte, cette interprétation ne satisfait pas encore. A quoi servira, en effet, de regarder comme n'ayant pas défendu ceux qui n'auraient défendu que pour leur part? Quand les garants, sur la dénonciation de l'éviction, ne comparaissent pas, l'acquéreur est obligé de défendre lui-même à l'action, et n'a de recours contre les garants que si l'éviction se réalise et de plus, s'il n'a pas mis de la négligence dans sa défense. L'acquéreur avait, ce semble, intérêt à ne pas réputer absents ceux qui n'avaient défendu que pour leur part. Sans nous préoccuper davantage d'un texte, dont l'obscurité est peut-être due aux mutilations des compilateurs des Pandectes, admettons que chaque héritier fût tenu de défendre, de plaider pour le tout, voyons quels en étaient les résultats; c'est là ce qui nous intéresse. Des effets nous pourrons remonter à la cause.

Si les héritiers présents n'avaient défendu que pour leur part, que serait-il arrivé? Ils auraient invoqué des moyens et produit des titres qui auraient servi à la défense des absents comme à la leur. L'acquéreur, qui, d'après les règles ordinaires, aurait été obligé de défendre lui-même pour les absents, n'aurait eu besoin que de conclure en s'en rapportant aux moyens plaidés. En cas de succès, il n'avait aucun recours à exercer; en cas d'éviction, il aurait agi *pro parte* contre chacun des héritiers présents ou absents. Mais les héritiers absents auraient pu prétendre qu'il avait mis de la négligence dans sa défense.

Supposons, au contraire, que les héritiers présents soient tenus de défendre pour le tout; en cas d'éviction l'acquéreur n'aura pas plus de droit contre eux que dans l'hypothèse précédente; il ne pourra agir contre chacun d'eux que pour sa part,

le texte est formel; il agira de même contre les absents, qui, dans ce cas, ne pourront plus exciper de la négligence apportée à la défense, parce qu'ils auront été représentés, parce qu'il y aura chose jugée pour tous, comme Celse nous l'a appris.

Voilà le seul résultat de cette obligation de plaider *in solidum;* mais l'acquéreur n'en sera pas moins obligé d'appeler tous les héritiers; il ne pourra s'adresser à un seul pour le tout, et c'est là la barrière insurmontable qui sépare l'obligation de garantie des obligations indivisibles. Aussi ne faut-il pas s'étonner si Paul ne les range pas dans la même classe.

L'interprétation que nous venons de donner s'appuie surtout sur le fragment de Celse. Voici d'autres preuves.

Nous n'avons parlé que du cas où l'éviction est le fait d'un tiers; si l'un des héritiers attaquait lui-même l'acquéreur, en se prétendant propriétaire de la chose vendue par son auteur, l'acquéreur pouvait lui opposer l'exception de garantie, comme il l'aurait fait au vendeur lui-même [1]. Mais dans quelle limite pouvait-il lui opposer cette exception? Pour le tout ou seulement pour sa part héréditaire? Un seul texte répond à cette question.

« Cum à matre domum filii, te sciente, comparasse proponas, adversùs eum dominium vindicantem, si matri non successit, nullâ te exceptione tueri potes. Quòd si venditricis obtinet hereditatem, doli mali exceptione, pro quâ portione ad eum hereditas pertinet, uti non prohiberis [2]. »

On a dit que c'était là une décision d'espèce, que l'acquéreur connaissait le vice de son acquisition. Mais on a répondu que cette circonstance était indifférente, et ne pouvait rendre divisible une obligation indivisible.

Or, si l'obligation de garantie était divisible quand elle était opposée à l'héritier par voie d'exception, la logique n'oblige-t-elle pas à conclure que cette même obligation était indivisible quand son exécution était demandée par voie d'action? Si l'exception de garantie était indivisible, il s'ensuivait que l'héritier pouvait revendiquer contre l'acquéreur la chose vendue, en lui laissant la part dont il était garant; n'en faut-il pas conclure que si le tiers, qui voulait évincer l'acquéreur, avait soin d'exclure

[1] Dig., liv. XXI, tit. 3, fr. 1, § 1, et fr. 3, § 1, *De except. rei vend.* — Code, liv. III, tit. 32, fr. 14, *De rei vind.;* liv. VIII, tit. 45, fr. 14, *De evict.*

[2] Code, liv. III, tit. 32, fr. 14.

de son action la part indivise pour laquelle l'un des héritiers devait garantie, l'acquéreur ne pouvait agir contre cet héritier pour l'éviction des autres parts? N'en devait-il pas être de même si, après l'éviction, l'un des héritiers parvenait à faire restituer à l'acquéreur la part pour laquelle il était garant, sauf bien entendu, le remboursement de sa part dans les frais du procès?

S'il en était ainsi, l'action de garantie n'était-elle pas aussi divisible que l'exception[1]?

Ainsi, résumons-nous :

En droit romain, l'éviction partielle ne donne à l'acquéreur qu'une action partielle en garantie contre le vendeur; entre le vendeur et l'acquéreur on conçoit parfaitement l'exécution partielle de l'obligation de garantie; quand il y avait plusieurs vendeurs avec indication de parts, il est impossible d'admettre que l'acquéreur pût agir contre l'un à raison de l'éviction de la part de l'autre; il en devait être de même quand il n'y avait pas eu indication de parts, mais que les droits de chaque vendeur avaient une origine complétement différente, et où il était par conséquent impossible à l'un des vendeurs de produire les titres et de faire valoir les moyens à l'appui des droits de ses covendeurs; enfin, dans le cas où tous les garants avaient les mêmes moyens à faire valoir, et où la défense de l'un pouvait servir à la défense de tous, comme par exemple pour les héritiers du vendeur, d'un côté nous avons vu l'exception de garantie reconnue divisible, et de l'autre l'acquéreur évincé obligé d'agir, non pas contre un seul, mais contre tous les héritiers. A côté de tout cela, Paul, dans la loi 85, a eu soin de distinguer l'obligation de garantie des obligations indivisibles. Ne fallait-il pas reconnaître que l'obligation de garantie était réellement divisible, et que la défense *in solidum*, dont parlent divers textes, n'est qu'une forme de la procédure romaine, dont, selon nous, voici l'origine :

Il ne s'agit dans nos textes que de la *duplæ stipulatio*, qui était la stipulation d'une clause pénale en cas d'éviction; or, nous avons dit (ci-dessus n° 10) que la clause pénale rendait indivisible l'obligation divisible, en ce sens que la peine était

[1] On comprend que l'acquéreur, réduit à une part de la chose qu'il avait acquise entière, peut, dans certains cas, avoir droit à une indemnité; mais cela n'empêche pas l'obligation de garantie d'être divisible.

encourue, si l'obligation n'était exécutée qu'en partie; qu'elle l'était à l'égard de tous les débiteurs, si l'un d'eux seulement ne l'avait pas exécutée; d'où la conséquence que chaque débiteur devait l'exécuter pour le tout, s'il voulait éviter la peine. Dès lors on comprend l'intérêt, et ajoutons la nécessité pour chaque garant de défendre, non-seulement pour sa part, mais encore pour celles de ses codébiteurs : puisque l'inexécution, même partielle, faisait encourir la peine pour le tout et à l'égard de tous. Ce n'était là que l'effet de la clause pénale, et non de l'indivisibilité de l'obligation de garantie. Mais nous avons également dit que les effets rigoureux attachés, sous l'ancien droit, à la clause pénale se modifièrent sous l'influence du droit prétorien. C'est ainsi que l'*exceptio doli* fut accordée contre les créanciers envers qui l'obligation avait été exécutée, et qui réclamaient leur part dans la peine encourue par l'inexécution envers quelques autres créanciers. C'est ainsi, selon nous, que la peine ne fut plus encourue pour le tout en cas d'éviction partielle. Peu à peu tous les effets résultant de ce que nous appellerons l'indivisibilité de la clause pénale disparurent dans les contrats de bonne foi et les stipulations accessoires à ces contrats; et dans la *duplæ stipulatio,* le seul vestige de l'ancien droit qui survint fut cette règle que *la vente devait être défendue pour le tout*, *in solidum defendenda venditio...,* par les divers héritiers du vendeur, conservée dans le but unique de rendre commune à tous les héritiers la chose jugée à l'égard d'un seul; cette règle ne produisant, comme nous l'avons vu, aucun autre effet pratique.

Ce n'était donc là qu'un effet de la clause pénale; aussi est-ce à côté de la clause pénale que Paul parle de l'obligation de garantie, et par conséquent si l'obligation, selon l'expression de Paul, pouvait être demandée *in solidum*, mais prêtée pour partie, ce n'était point, de même que pour l'obligation avec clause pénale, à cause de son indivisibilité.

Devant cette interprétation, tombent toutes les objections fondées sur les textes. Nous dira-t-on maintenant, avec Doneau, que l'obligation de garantie n'était qu'une conséquence de l'obligation *rem habere licere,* qui, d'après ce fr. 4, liv. 45, tit. 1 du Dig., serait indivisible? Nous répondrons avec Pothier, que l'obligation *rem habere licere* n'est indivisible que si elle a pour objet une chose indivisible. Nous dira-t-on que l'acquéreur ne

peut être obligé à souffrir le morcellement d'une chose qu'il avait achetée pour l'avoir entière? Nous répondrons en demandant pourquoi la loi ne lui donnait pas une action pour le tout quand il éprouvait une éviction partielle.

Mais arrivons au Droit français, et prouvons que, quelle qu'ait pu être l'opinion des jurisconsultes romains, l'obligation de garantie n'en doit pas moins être reconnue divisible.

12. Avant d'aborder la question avec les textes de notre code, disons un mot de son histoire sous l'ancien droit.

La controverse y prit naissance dans les textes du Droit romain, et c'est sur ce terrain qu'elle s'est perpétuée. Depuis la renaissance des études juridiques, le Droit romain, non-seulement était la loi des pays de droit écrit, mais encore avait dans les pays de coutume ou une autorité de droit subsidiaire, suppléant au silence de la coutume, ou au moins une autorité de raison écrite dont les magistrats devaient s'inspirer. Partout on s'inclinait devant les textes du *Corpus juris*, devant cette *raison écrite;* la pratique en faisait chaque jour l'application : la découverte d'un texte favorable assurait assez souvent le gain d'un procès, quelquefois même aux dépens de l'équité. L'autorité du Droit romain était si dominante que le progrès dans les idées juridiques ne put généralement se faire que par lui. Rien n'était mieux, sans doute, quand le progrès devait se faire dans le sens du Droit romain ; mais ce droit, où la raison humaine s'est élevée si haut, n'est qu'une œuvre de l'homme, il n'est pas et ne pouvait pas être la raison suprême, l'idéal du droit pour tous les temps, pour tous les lieux ; et par conséquent le progrès pouvait se trouver en dehors de lui. Comment put-il alors s'accomplir? Comment les jurisconsultes purent-ils développer les principes d'équité que la raison leur révélait? On suivit une marche assez analogue à celle de la jurisprudence romaine sous le droit prétorien ; les esprits les plus indépendants ne pouvaient secouer le joug des textes, on les plia aux exigences de l'équité ; aidé de l'érudition et de la subtilité, on se livra à un travail pénible pour concilier les textes, non pas seulement entre eux, mais avec les idées nouvelles que l'on voulait faire consacrer. La vérité sortit souvent triomphante de cette lutte avec les textes, toujours au grand détriment de la saine intelligence du Droit romain, mais aussi combien de fois ne put-elle se faire jour tout entière?... C'est ce qui arriva pour notre question.

En présence de textes qui prêtent si facilement à la controverse, une foule d'opinions s'étaient formées, Dumoulin en compte huit sur la seule question de savoir si l'obligation de défendre était ou non divisible. Il les réfute avec cette audace de langage qui le caractérise, en les qualifiant de *stupida*, *inepta*, *nova et insolens*, *phantasia*, *absurdos habens recessus*, etc. Quelle opinion va triompher avec Dumoulin? M. Rodière a dit de lui qu'il voyait l'équité comme le commun des mortels voit le soleil. Que demandait l'équité?... Mais son esprit indépendant subissait, comme tous, le joug des textes du Droit romain; que demandaient ces textes? Comment les concilier avec l'équité?

L'équité voulait que l'héritier qui n'avait recueilli qu'une part dans la succession, qui ne devait qu'une partie des dettes, qui n'était garant de la vente faite par son auteur que pour une partie, ne fût pas obligé de la respecter pour le tout, quand elle portait sur une chose qui lui appartenait, et que dès lors le vendeur ne pût lui opposer l'exception de garantie que pour la part dont il était garant. Il fallait donc que l'exception de garantie fût divisible. La loi *quum a matre* fournissait à Dumoulin un texte pour appuyer ce principe, que sa science développa ensuite. Toutefois à ce texte on pouvait opposer tous ceux relatifs à l'obligation par les garants de défendre à l'éviction, dont les termes sont si équivoques?... Cela est vrai, mais ces textes ne sont relatifs qu'à l'action de garantie, et dans la pratique, il y avait peu d'inconvénients à admettre son indivisibilité, puisqu'en définitive chaque garant ne payait que sa part; l'équité pouvait s'accommoder de l'indivisibilité de l'action en garantie. Ainsi furent conciliés les textes et l'équité, mais aux dépens de la logique; aussi lisez Dumoulin, quels efforts pour maintenir deux principes aussi contraires! La vérité se fait jour au milieu de ses contradictions, dont nous pourrons signaler quelques-unes. Il est évident pour nous que si Dumoulin n'avait pas cédé à l'influence des textes, il aurait proclamé la divisibilité de l'action de garantie, aussi bien que celle de l'exception; car c'est lui qui nous fournira les armes les plus puissantes pour prouver que l'action de garantie est divisible.

Avant Dumoulin plusieurs jurisconsultes dont il nous transmet les noms avaient soutenu la divisibilité de l'action en garantie. C'est ainsi qu'Alciat (Dig. 5, liv. 45, tit. 1, § Cato, n° 156), au rapport de Dumoulin, aurait dit que l'obligation de défendre était

ou non divisible, suivant que la chose à défendre pouvait ou non se diviser.

Après Dumoulin, la controverse fut loin de s'apaiser; mais on admit généralement que l'action était indivisible, ou pour parler plus exactement, que la défense à l'éviction était indivisible. C'est toujours à ce point de vue que se placent les auteurs depuis Dumoulin, d'Argentré, Pothier, jusqu'à M. Troplong dans nos temps modernes.

La distinction de Dumoulin entre l'action et l'exception fut adoptée par un grand nombre d'auteurs. Fachinée[1] résuma parfaitement la question; c'est là qu'il faut l'étudier pour connaître son état sous l'ancien droit. D'Argentré[2], Pothier[3], ajoutèrent leur autorité à celle de Dumoulin. Lebrun[4], Voët[5], reconnaissent la divisibilité de l'exception, sans se préoccuper de la nature de l'action.

Mais il était impossible que le peu de logique et les contradictions de ce système ne frappassent pas les esprits. Aussi plusieurs auteurs, partant du principe posé par Dumoulin que l'action en garantie était indivisible, conclurent-ils à l'indivisibilité de l'exception. Citons Duval[6] et Duperrier[7], qui nous parlent des contradictions dans lesquelles tous les auteurs étaient tombés. Cochin, dans sa 46e consultation, soutint que l'action de garantie était divisible, mais que l'exception était indivisible; cette consultation est loin d'être à la hauteur de la réputation de ce jurisconsulte.

Espiard, annotateur de Lebrun, Maynard[8], Catelan[9] admirent la divisibilité de l'exception, mais à la charge par l'héritier de payer une part des dommages-intérêts. Henrys[10] admettait l'indivisibilité de l'exception, mais reconnaissait à l'héritier le droit d'agir pour le total en offrant sa part des dommages-intérêts.

[1] *Controv. juris*, liv. X, ch. 55.
[2] *Cout. de Bretagne*, art. 419.
[3] *Vente*, nos 103 et suiv. et 174 et suiv.
[4] *Succ.*, liv. IV, ch. 2, sect. 4, n° 27.
[5] *Pand. de rei vind.*, n° 16.
[6] *De rel. dubiis*, tract. 3, *De evict.*, n° 2.
[7] *Quest. notables*, liv. I, quest. 9.
[8] Liv. IV, ch. 27.
[9] Liv. V, ch. 47.
[10] T. I, liv. IV, ch. 6, quest. 31.

13. Depuis notre Code, et jusqu'à M. Rodière, personne ne s'est avisé de contester que l'action de garantie soit indivisible; la Cour de cassation seule, en 1830, fit pressentir que telle pouvait être son opinion, mais, comme en même temps elle décidait que l'exception était divisible, elle s'attira justement les censures de tous les partis. Nous avons déjà dit comment ce principe proclamé constant sur la foi de Dumoulin, sur la foi de Pothier, a alimenté la controverse relative à la nature de l'exception, les uns voulant en déduire toutes les conséquences logiques, les autres se mettant en contradiction avec eux-mêmes, et, par la force supérieure de la raison, revenant à la vérité, discutant le principe par eux admis.

La seule cause de la controverse est donc dans ce principe; on avait cru le trouver dans les textes du droit romain; nous avons essayé de prouver qu'on s'était trompé. Mais qu'importe! Si le droit romain ne peut nous apporter de lumières pour arriver à une solution, laissons-le de côté, étudions la nature de l'obligation de garantie en elle-même, et d'après les principes de notre droit. EYSSAUTIER.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

DE L'INFLUENCE DU RÉGIME MATRIMONIAL SUR LA PROSPÉRITÉ DU PAYS.

DES PROCÈS AUXQUELS DONNENT LIEU LE RÉGIME DOTAL ET LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ.

Par M. J. Simonnet, docteur en droit, substitut à Dijon.

Les documents fournis par la statistique ont été bien rarement mis à profit dans les ouvrages consacrés à l'étude du droit et à la jurisprudence. On se rappelle cependant avec quel à-propos ces renseignements ont été mis en œuvre lorsque M. le garde des sceaux a fait réunir dans un corps d'ouvrage les travaux préparatoires concernant la réforme du régime hypothécaire. Nous nous proposons aujourd'hui de rechercher dans le *Compte général de l'administration de la justice civile et commerciale*, les éléments d'un jugement touchant le mérite du régime dotal et du régime de la communauté.

On a beaucoup discuté sur les avantages et les vices de chacun des deux régimes. Les orateurs du Conseil d'État et du Tribunat, les jurisconsultes qui ont traité cette matière ont cherché à se rendre compte en général des conséquences des conventions matrimoniales et de leur influence sur l'administration du patrimoine des époux, sur leur caractère et sur le crédit en général. A côté de ces considérations ingénieuses, nous apportons des chiffres, des résultats positifs qui ne laisseront pas d'étonner le lecteur.

Nous partons, il est vrai, d'une hypothèse, mais nous la croyons légitime : nous supposons que, dans les contrées où le *régime dotal* était en vigueur, avant la promulgation du Code Napoléon, il n'a pas cessé d'être préféré, de même que dans celles où la *communauté* était consacrée par les coutumes, les parties l'adoptent plus volontiers. Il suffit d'ouvrir un recueil de jurisprudence pour se convaincre, d'après l'étude des procès qui s'élèvent sur ces matières, que les Cours impériales, classées dans le tableau ci-contre, dans la première région, s'occupent plus spécialement du régime de la communauté, et que les Cours impériales, classées dans la deuxième région, ont à juger plus fréquemment des questions que soulève le régime dotal.

Nous ne saurions nous dissimuler la difficulté de notre tâche : les documents sur lesquels nous nous appuyons ont toute l'authenticité désirable; mais nous ne les étudions qu'à un point de vue restreint; nous cherchons à démêler, dans un ensemble de résultats donnés, quels sont ceux qui ont été produits par une cause déterminée. Prenons un exemple : supposons qu'il soit établi par les chiffres que, dans les contrées méridionales, les transactions civiles et commerciales sont moins fréquentes que dans la région septentrionale, comment le statisticien doit-il expliquer cette différence? Il constatera que le cultivateur s'enrichit moins vite dans le Midi que dans le Nord, parce qu'il est soumis au régime du colonat partiaire, et par conséquent à des conditions moins favorables que le cultivateur du Nord qui paye un fermage en argent; que l'industrie est moins développée dans le Midi que dans le Nord, où peut-être des manufactures ont été fondées depuis plus longtemps, où le voisinage de la capitale attire des bras et donne l'exemple, etc., etc. Il ajoutera que le régime dotal ne permet pas au mari de disposer des apports de la femme, avec la même liberté que le régime de la

communauté; que la femme n'est pas encouragée, par l'appât des bénéfices, à se livrer au commerce. Tel est l'ensemble des causes qui contribueraient au développement de l'industrie et au mouvement des affaires.

Ainsi l'influence du régime matrimonial sur la prospérité du pays n'est que partielle : un grand nombre de circonstances concourent au même résultat. La statistique ne nous donnera donc que des faits, découlant de plusieurs causes, parmi lesquelles il s'agira de faire la part du régime matrimonial dont nous allons étudier les effets.

I.

RÉGIONS.	COURS D'APPEL.	POPULATION.	SUPERFICIE.	COTES foncières.
		habitants.	hectares.	
Première région : *Régime en communauté.*	Amiens	1,533,487	1,929,692	672,332
	Angers	1,363,089	1,849,079	351,435
	Besançon	957,447	1,556,826	377,043
	Bourges	905,360	2,062,715	247,337
	Colmar	1,081,581	849,991	405,971
	Dijon	1,243,415	2,348,958	411,893
	Douai	1,851,279	1,233,285	453,554
	Metz	790,980	1,057,914	276,551
	Nancy	1,206,489	1,829,472	477,561
	Orléans	918,562	1,920,578	327,995
	Paris	3,553,597	3,948,522	1,122,190
	Poitiers	1,494,646	2,647,666	603,515
	Rennes	2,838,777	3,393,265	612,353
	Totaux	19,738,709	26,627,963	6,339,730
Deuxième région : *Régime dotal.*	Agen	945,048	1,694,228	338,985
	Aix	939,026	1,926,696	252,632
	Bastia	236,251	884,430	58,734
	Bordeaux	1,503,088	2,486,881	478,093
	Caen	1,531,976	1,750,366	507,972
	Grenoble	1,062,381	2,035,003	330,988
	Limoges	927,318	1,694,022	196,394
	Lyon	1,420,272	1,334,386	317,952
	Montpellier	1,255,171	2,520,593	373,815
	Nîmes	1,203,991	2,009,727	329,288
	Pau	1,000,127	2,144,557	214,052
	Riom	1,491,599	2,605,474	442,737
	Rouen	1,177,816	1,206,537	315,588
	Toulouse	1,348,855	2,065,707	396,575
	Totaux	16,042,919	26,858,607	4,553,805

1re *région*. Produits des patentes : 20,219,806 (39 patentés sur 1,000 habitants).
2e *région*. Produits des patentes : 12,481,794 (29 patentés sur 1,000 habitants).

Dans le tableau ci-contre, la France a été divisée en deux régions : dans la première, ont été classées, par ordre alphabé-

tique, les Cours d'appel dans le ressort desquelles le régime de la communauté était en vigueur avant la promulgation du Code Napoléon. Dans la deuxième, se trouvent les Cours d'appel dont le territoire était régi à la même époque par le droit écrit, et où le régime dotal est encore aujourd'hui préféré[1].

En regard de chacune de ces Cours, nous avons indiqué la population qu'elle renferme, l'étendue de son territoire en hectares, le nombre des cotes foncières. On trouvera enfin, à la suite de ce tableau, le total des produits des patentes dans chacune des deux régions.

Ces renseignements sont empruntés à la statistique civile publiée par la chancellerie pour l'année 1852.

Nous avons dû rechercher en outre quelle était la proportion du nombre des patentés eu égard au nombre des habitants : nous avons trouvé qu'il y avait en moyenne, dans la première région, 39 patentés par 1,000 habitants, et dans la deuxième 29 seulement. Ces chiffres ont été obtenus à l'aide du calcul suivant : M. Legoyt a donné, pour chaque département, le nombre des patentés par mille habitants : nous avons fait le total des chiffres qui représentent ce rapport dans les 43 départements appartenant à la première région et dans les 43 autres qui composent la deuxième. Le premier total est égal à 1682, chiffre qui, divisé par 43, donne pour quotient 39. Le deuxième total est égal à 1242, chiffre qui, divisé par 43, donne pour quotient 29.

Il y a donc, dans la région où le régime dotal est préféré, un quart de patentés de moins, sur un chiffre de mille habitants, que dans la région où le régime de la communauté conjugale est en vigueur.

Ce premier résultat est confirmé par le rapprochement des chiffres exprimant les produits des patentes dans chaque région.

Opérons sur des nombres ronds : le produit des patentes est

[1] Il importe de remarquer que le régime de la communauté conjugale était en vigueur en Alsace, en Bourgogne et dans la Franche-Comté, bien que le droit écrit formât le droit commun de ces contrées. En outre le ressort de Poitiers, classé dans la première région, renferme quelques pays où le régime dotal était en vigueur ; mais, d'un autre côté, le ressort de Limoges, classé dans la deuxième région, renferme des pays de communauté : il y a donc compensation. Personne n'ignore enfin que la coutume de Normandie avait consacré un régime qui se rapproche beaucoup de la dotalité. (On peut consulter la carte donnée par Klimrath dans ses *Études sur les coutumes*.)

de 20 millions dans la première région, dont la population est de 19 millions d'habitants ; ce produit est de 12 millions seulement dans la deuxième région dont la population est de 16 millions d'habitants. La proportion suivante nous fera connaître quel devrait être le revenu des patentes dans la deuxième région, eu égard à sa population, pour être proportionnel à ce produit dans la première :

$$x \left(\begin{smallmatrix}\text{chiffre}\\ \text{cherché}\end{smallmatrix}\right) : 16 \left(\begin{smallmatrix}\text{population}\\ \text{de la 2}^{\text{e}}\text{ région}\end{smallmatrix}\right) :: 20 \left(\begin{smallmatrix}\text{produit des patentes}\\ \text{dans la 1}^{\text{re}}\text{ région}\end{smallmatrix}\right) : 19 \left(\text{population}\right).$$

Le chiffre normal cherché devrait être égal à 16,7 : il n'est en réalité que de 12. Par conséquent, le produit des patentes, dans la première région, est d'un tiers supérieur à ce produit dans la deuxième.

A l'égard de la propriété immobilière, on peut considérer la multiplicité des cotes foncières sous un double rapport. Les partisans de la division de la propriété pensent qu'elle est favorable à la prospérité de l'agriculture : les adversaires du morcellement ne manquent pas d'arguments en sens contraire. C'est là une question sur laquelle nous n'insisterons pas et que nous pouvons écarter de la discussion. Nous nous placerons à un autre point de vue et nous tirerons, des données puisées dans la dernière colonne de notre tableau, des conséquences qui nous paraissent à l'abri de toute controverse. Les partisans de la grande propriété ne peuvent nier que la multiplicité des parcelles de terre cultivable ne corresponde à la multiplicité des mutations immobilières. Si les transactions de cette nature ont été fréquentes, c'est que beaucoup d'individus ont été en état de faire l'acquisition d'un ou de plusieurs lots. Si quelques-uns achètent à crédit, c'est qu'ils comptent pouvoir faire des économies afin de payer le prix, tandis que ceux qui payent comptant, soldent au moyen d'économies déjà réalisées. Dans tous les cas, les acheteurs se trouvaient dans l'aisance ou jouissaient de quelque crédit ; or, le pays, qui compte beaucoup d'individus présentant ces garanties de solvabilité, est un pays qui jouit d'une prospérité incontestable.

Comparons sous ce rapport les deux régions qui nous occupent, et nous trouverons que, dans la première, où la superficie est représentée en hectares par le chiffre de 26,627,963, le nombre des cotes foncières est de 6,339,730 ; que dans la

deuxième, où la superficie est représentée par le chiffre de 26,358,607, le nombre des cotes foncières n'est que de 4,553,805. Puisque l'étendue superficielle des deux contrées est la même, à peu de chose près, le chiffre des cotes foncières devrait être à peu près égal : il est en réalité plus élevé de moitié dans la première.

Nous sommes loin de prétendre indistinctement que le régime dotal soit la seule cause qui s'oppose aux mutations immobilières et qui empêche les particuliers de devenir propriétaires. De pareilles conclusions seraient tout au moins exagérées : il serait également téméraire d'affirmer aveuglément que le régime dotal seul arrête le développement du commerce et de l'industrie, parce que l'on trouve un nombre de patentés moins considérable dans les pays où ce régime est préféré. Essayons de faire la part des circonstances diverses qui produisent les résultats constatés par notre statistique.

Si le nombre des patentés est plus faible, dans la deuxième région, c'est, dira-t-on, que les petits commerçants, qui abondent dans le Nord, sont en moins grand nombre dans le Midi. Dans cette dernière contrée, la vie des femmes est plus retirée, elles se livrent moins volontiers au trafic, tandis que dans les provinces voisines de la capitale, on compte beaucoup de femmes commerçantes. Leur commerce se fait, en général, sur une petite échelle; des femmes d'ouvriers, d'employés, tiennent des débits de lingerie, de mercerie, etc.; de là une grande quantité de patentes et des produits plus considérables donnés par cet impôt. En Angleterre, où il y a moins de petits commerçants qu'en France, peut-on dire que l'industrie et le commerce soient en souffrance, que le mouvement des affaires y soit moins actif?

Quant à la propriété foncière, si elle est évidemment plus morcelée dans le Nord que dans le Midi, s'il est vrai que le régime dotal soit peu favorable aux aliénations, ne peut-on pas signaler d'autres raisons qui arrêtent le mouvement et la division des immeubles? N'est-il pas certain que les mœurs et les habitudes méridionales de ces provinces sont plus tenaces; qu'elles répugnent au partage égal des successions, ou tout au moins au partage en nature du domaine patrimonial? Ce domaine, dans son intégrité, est conservé, autant que possible, au fils aîné, tandis que les sœurs reçoivent leur part en argent toutes les fois que

cet arrangement est compatible avec la composition des fortunes à partager. Toutes les successions, sans doute, ne se prêtent pas à cette combinaison; mais elle doit réussir très-souvent, si les enfants et les ascendants sont d'accord pour adopter ce mode de répartition.

Enfin le bail à ferme y est peu commun; les propriétaires sont obligés de surveiller leurs métayers et de suivre leurs exploitations; par conséquent ils doivent se fixer à portée de leurs héritages, sous peine d'être trompés et de se ruiner petit à petit. Il est évident que tous les frères sont hors d'état d'exercer cette surveillance; le partage en nature ne permettrait pas aux fonctionnaires ou aux militaires de suivre leur carrière. Dès lors l'aîné doit s'efforcer de conserver en nature les propriétés foncières, sauf à solder à ses cohéritiers leur part en capitaux ou en rentes.

Il suffit même pour paralyser le mouvement de la propriété foncière que les manœuvres, les familles de la campagne soient hors d'état de faire des économies : le métayage ne leur permet pas de s'enrichir aussi facilement que le système des redevances en argent adopté dans le Nord; et par suite, ils ne peuvent mettre la même émulation que les fermiers de la première région, à devenir propriétaires. Ces circonstances ne suffiraient-elles pas pour arrêter à elles seules les effets bienfaisants du régime matrimonial le plus favorable?

Nous croyons nous être prémuni contre tout esprit de système, mais nonobstant le mérite des considérations qui précèdent, il faut convenir que l'inaliénabilité de la dot immobilière, et l'attribution faite au mari des bénéfices réalisés pendant le mariage, contribuent notablement à arrêter le développement du commerce et l'accroissement du nombre des propriétaires.

Les femmes s'habituent à cette idée qu'il leur suffit de recouvrer, à la dissolution du mariage, le montant de leurs apports : elles ne font aucun effort pour les augmenter; un certain nombre d'immeubles restent hors du commerce. Non-seulement l'inaliénabilité frappe ceux qui font partie de la dot, mais encore ceux sur lesquels porte l'hypothèque légale de la femme qui ne peut renoncer à cette garantie.

Du reste, les chiffres suivants nous permettront d'arriver à des conclusions beaucoup plus décisives.

Il est temps d'examiner si la propriété et le commerce sont

exposés à des crises plus fréquentes dans l'une ou dans l'autre région.

II.

RÉGIONS.	NOMBRE des saisies immobilières pendant les années					Nombre moyen.	NOMBRE des faillites réglées en					Nombre moyen.
	1849.	1850.	1851.	1852.	1853.		1849.	1850.	1851.	1852.	1853.	
1re région.	5,662	5,191	4,275	4,587	3,906	4,924	2,075	1,560	1,224	1,451	1,484	1,558
2e région.	6,179	6,418	5,748	4,796	4,022	5,432	814	754	622	702	642	706

Il ne suffit pas, pour établir une comparaison entre les deux régions, de rapprocher les chiffres qui représentent la moyenne des saisies immobilières et celle des faillites qui ont eu lieu pendant cinq années. Il importe de rapprocher de ces données les chiffres qui représentent, d'une part l'étendue superficielle, de l'autre le nombre des patentés, et de rechercher quel est, pour chaque contrée, le nombre des faillites comparé au nombre des patentés, et le nombre des expropriations comparé à l'étendue du territoire.

L'unité de superficie est représentée, pour chaque région, par le chiffre 26. (V. le tableau n° 1.)

L'activité commerciale sera exprimée par le chiffre qui représente le nombre des patentés par mille habitants. Ce chiffre est pour la première région, 29, et pour la deuxième, 19.

Nous établirons les rapports suivants :

Le nombre des saisies immobilières dans la première région est au nombre des saisies immobilières dans la deuxième, comme 49 est à 54. (Ces deux chiffres représentent la moyenne des expropriations dans les deux contrées.)

Il serait peut-être plus exact de prendre pour base de cette appréciation le nombre des cotes foncières, au lieu du nombre d'hectares exprimant l'étendue territoriale. Recherchons quel devrait être le chiffre normal des saisies immobilières dans la deuxième région, eu égard au nombre des cotes foncières.

$$x : 45 \left(\text{nombre des cotes de la 2e région}\right) :: 49 \left(\text{nombre des saisies dans la 1re région}\right) : 63 \left(\text{nombre des cotes dans la 1re région}\right).$$

En d'autres termes le chiffre normal des expropriations dans

la deuxième région, ne devrait être que de 35, pour être proportionnel au chiffre des expropriations dans la première : il est en réalité de 54.

Nos deux opérations prouvent suffisamment que le propriétaire se ruine plus fréquemment dans les contrées où le régime dotal est en vigueur que dans celles où le régime de la communauté est préféré. Or il est évident que cet état de choses doit être attribué en grande partie au régime matrimonial. Si les propriétaires, dans un moment critique, pouvaient aliéner à propos le bien de leurs femmes, ils ne seraient pas aussi fréquemment exposés aux poursuites rigoureuses de leurs créanciers. Dans la première région, au contraire, il arrive souvent que la femme, en donnant sa signature au créancier de son mari, ou en aliénant son propre (mesure impossible sous le régime dotal), parvient à conjurer l'orage. Le mari obtient des sursis, attendra des temps meilleurs, et pourra relever sa fortune compromise.

Il semble que nous devrions trouver les mêmes résultats en étudiant le nombre des faillites : il est singulier que le chiffre des crises commercciales ne soit pas proportionnel au chiffre des crises de la propriété. Or le nombre moyen des faillites est plus du double dans la première région de ce qu'il est dans la deuxième.

Représentons par 29 le nombre des patentes dans la première, et par 19 le même nombre dans la deuxième.

D'après cette base, si le chiffre des faillites est de 70 dans celle-ci, il devrait être seulement de 106 dans la première. (D'après la proportion suivante : $x : 29 :: 70 : 19$.)

Il est en réalité de 155, de moitié en sus à peu près.

Ce résultat au premier abord est inexplicable : s'il est vrai, ainsi que nous le pensons, que les maris trouvent dans le régime en communauté, des ressources qu'ils n'auraient pas sous l'empire du régime dotal, les commerçants, dans la première région, devraient être souvent à l'abri des catastrophes auxquelles resteraient exposés les commerçants dans la deuxième.

Il importe de remarquer, en premier lieu, qu'il y a dans la région du Nord, un bien plus grand nombre de commerçants que dans le midi. Aussitôt qu'un ouvrier ou qu'un commis a réalisé quelques économies, il achète un fonds de commerce et croit avoir ainsi conquis un brillant avenir ; en même temps que l'indépendance. C'est là un leurre dangereux. Il y est encouragé

par la plus grande facilité que le régime de la communauté offre aux femmes pour faire le commerce. Celles-ci ont une grande aptitude pour la gestion d'un commerce de détail. Mais quels que soient le dévouement et l'activité des deux conjoints, leur inexpérience leur est souvent fatale et la moindre crise financière épuise leurs faibles ressources. En effet, on verra dans le tableau suivant que le nombre moyen des faillites au-dessous de 50,000 francs, est le double dans la première région de ce qu'il est dans la deuxième, tandis qu'il devrait être dans le même rapport que les chiffres 29 et 19, qui expriment l'activité commerciale respective.

RÉGIONS.	NOMBRE DES FAILLITES INFÉRIEURES A 50,000 FR. pendant les années					MOYENNE.
	1849.	1850.	1851.	1852.	1853.	
1re région.....	1,511	1,132	915	1,099	1,180	1,166
2e région.....	634	596	483	508	537	563

Ajoutons que, dans le ressort de Paris, le nombre moyen des faillites a été de 791 dans les cinq années dont il s'agit. Dans l'année 1849 seulement, ce chiffre a été de 1,225, sur lesquelles 848 ont révélé un passif inférieur à 50,000 francs (1).

On peut en conséquence attribuer le nombre considérable des crises commerciales, dans la première région, à plusieurs causes spéciales, indépendantes du régime matrimonial : à la grande quantité des individus qui se livrent au commerce sans avoir des ressources suffisantes et aux conditions défavorables dans lesquelles se trouvent les commerçants de la capitale. Ils souffrent davantage de la concurrence, lorsqu'ils ne disposent pas d'un grand crédit ou de capitaux suffisants. Enfin le commerce des articles de luxe présente plus de mauvaises chances que tout autre.

[1] Dans le ressort du *tribunal de la Seine*, le nombre des faillites réglées en 1849 a été de 1,190; en 1853, année normale, ce nombre a été de 609. Si l'on retranche ces deux chiffres du nombre total des faillites dans la première région pendant ces deux années, il n'en resterait plus que 885 pour l'année 1849 et 875 pour 1853.

Du reste, cette défalcation ne rétablit pas encore l'équilibre.

III.

Il est temps de rechercher quel est celui des deux régimes qui donne lieu aux procès les plus nombreux. La statistique civile fournit à cet égard des renseignements précis. En consultant les tableaux relatifs aux travaux des tribunaux de première instance, classés dans l'ordre des matières du Code Napoléon, on peut extraire les éléments du tableau suivant, dans lequel nous nous occupons des affaires terminées pendant les cinq années qui se sont écoulées de 1849 à 1853.

NATURE DES PROCÈS.	1849.	1850.	1851.	1852.	1853.	MOYENNE.	
Partage de la communauté. . . .	741	833	749	741	768	766	
Vente ou échange de biens dotaux.	688	781	565	570	470	614	1,060
Nullité, révocation de la vente. . .	32	89	113	90	110	86	
Remploi de deniers dotaux. . . .	304	311	328	369	488	360	

Nous ne nous occuperons ici ni des procès relatifs au payement ou au remboursement de la dot, ni de ceux qui ont pour objet d'obtenir l'autorisation d'emprunter. Ces instances sont engagées aussi bien par la *femme commune* que par la *femme dotale*, afin d'obtenir la restitution de leurs propres, ou d'être autorisées à emprunter, soit malgré le refus du mari, soit sur le fonds dotal. Ces autorisations sont en moyenne de 360; elles sont plus fréquemment demandées par la femme *dotale* que par la *femme commune* : négliger ce chiffre, c'est évidemment nous montrer favorable au régime dotal.

L'un des reproches que l'on adresse avec juste raison au régime de la communauté, c'est de rendre nécessaire un partage et une liquidation entre l'époux survivant et les héritiers du prédécédé. Les procès auxquels donnent lieu ces opérations sont en moyenne de 766 par année. Elles ont en outre des conséquences fâcheuses, que ne révèle pas notre tableau : elles mettent à nu la position pécuniaire des familles; l'industrie des époux, leur commerce est interrompu, souvent d'une manière irréparable. Le partage fait, il faut trouver de l'argent comptant, afin de payer les reprises de la femme ou celles du mari; il faut réaliser des valeurs représentant la moitié de l'actif

social. Les créanciers avertis se présentent, exigent des garanties, afin d'accorder terme pour le payement des dettes exigibles. Ils interviennent dans la liquidation; ils craignent la fraude avec juste raison et se montrent d'autant plus exigeants qu'il n'est pas toujours possible de leur donner immédiatement satisfaction. Je ne doute pas qu'un grand nombre de faillites ne doivent être attribuées à ces circonstances. Souvent les époux auraient fait de bonnes affaires si le mariage avait duré plus longtemps : le décès de l'un d'eux devient pour l'autre une cause de ruine. Il serait prudent de stipuler, dans les contrats de mariage (des commerçants tout au moins) que le survivant jouira de la part du prédécédé, ou seulement de lui accorder une part notable des bénéfices. Au moyen de cette clause, le survivant serait en état de continuer d'exploiter son fonds de commerce ou son industrie, sans être inquiété par des enfants, par des collatéraux : il ne serait pas exposé à une liquidation forcée, au moment où il est privé du concours de son conjoint.

Les trois autres articles du tableau concernent exclusivement le régime dotal : nous trouvons en premier lieu les instances engagées afin d'arriver à la vente ou à l'échange du fonds dotal [1].

Sans doute, ces procès n'entraînent pas des frais considérables et se jugent très-sommairement : on doit néanmoins en tenir compte, puisque d'un autre côté beaucoup de partages de la communauté viennent devant la justice, sans donner lieu à aucune contestation. Lorsqu'il existe des mineurs, le tuteur doit se pourvoir devant les tribunaux qui sont souvent chargés d'homologuer les opérations dont les parties sont tombées d'accord à l'avance.

Au contraire, les procès qui s'engagent entre la femme ou ses représentants et les acquéreurs des biens dotaux, soit pour faire prononcer la nullité de la vente, soit pour contester la validité de l'emploi des deniers, sont extrêmement délicats. Il s'agit de décider rétrospectivement si l'aliénation du bien dotal avait une cause légitime et sincère, si les clauses du contrat de mariage relatives à l'emploi ont été interprétées et exécutées de bonne

[1] Nous n'avons pas distingué si la demande a été inscrite au rôle général ou portée devant la Chambre du conseil. Ces indications auraient compliqué inutilement notre tableau : elles ont pour objet de faire apprécier l'importance des travaux de chaque tribunal.

foi. Puis, lorsque la cause principale a été jugée, non-seulement en premier ressort, mais en appel, ou même par la Cour de cassation, d'autres difficultés se présentent. Comme ces sortes d'affaires intéressent la plupart du temps des femmes dont le mari s'est ruiné sans ressource, il s'agit de savoir si elle est passible de dommages-intérêts ou seulement de la restitution du prix de son bien envers les tiers que le premier procès à dépouillés.

Il faut vérifier des faits anciens et rechercher dans quelle mesure cette femme a profité des derniers ; si elle doit être déclarée responsable d'une fraude ou d'une omission quelconque. L'instance ne sera pas seulement engagée entre la femme et ceux qui ont contracté avec elle : des tiers acquéreurs seront mis en cause. Il est inutile d'insister davantage sur l'importance de ces contestations. Plus elles présentent d'intérêt, plus les parties sont disposées à user de toutes les voies de droit qui leur sont ouvertes.

En un mot, le partage de la communauté n'est onéreux en général que pour les conjoints ou leurs héritiers : mais les procès engagés dans l'intérêt de la femme dotale, ont pour inconvénient de léser les tiers acquéreurs, des étrangers : ils ont été peut-être imprudents ; mais leur bonne foi est souvent très-respectable, tandis que celle de la femme est fort suspecte.

Le tableau suivant fournit des renseignements très-inattendus et permet de se rendre compte exactement de l'influence du régime matrimonial sur les intérêts des époux.

Tableau des séparations de corps et de biens admises par les tribunaux civils pendant cinq années.

COURS IMPÉRIALES.	1849		1850		1851		1852		1853	
	SÉPARATIONS		SÉPARATIONS		SÉPARATIONS		SÉPARATIONS		SÉPARATIONS	
	de corps.	de biens.	de corps.	de biens.	de corps.	de biens.	de corps.	de biens.	de corps.	de biens.
1re région.										
Amiens	32	218	47	201	43	165	49	139	81	141
Angers	43	91	30	77	39	89	65	83	91	66
Besançon	10	100	15	89	14	76	12	81	27	100
Bourges	7	91	13	89	6	69	5	83	26	64
Colmar	9	59	11	44	9	40	17	51	17	51
Dijon	22	149	29	132	27	115	35	136	55	160
Douai	33	80	37	67	43	65	40	63	55	69
Metz	25	83	14	63	12	42	9	45	41	63
Nancy	46	113	41	97	61	75	62	74	85	90
Orléans	26	108	35	101	19	64	35	69	60	77
Paris	195	475	187	344	221	362	249	378	412	455
Poitiers	15	136	19	132	22	111	36	109	57	97
Rennes	36	101	51	99	52	82	96	75	84	67
Totaux	499	1,804	529	1,535	568	1,355	710	1,386	1,091	1,500
2e région.										
Agen	19	108	13	160	73	150	19	135	33	111
Aix	21	122	18	114	16	109	25	112	47	94
Bastia	1	0	2	1	2	2	1	1	7	1
Bordeaux	35	178	31	151	31	149	59	150	62	136
Caen	40	579	58	442	60	359	67	323	127	306
Grenoble	13	588	18	602	17	548	17	545	24	462
Limoges	8	226	13	287	10	265	7	245	16	213
Lyon	31	270	42	267	47	259	56	250	67	256
Montpellier	10	280	12	293	9	215	12	224	29	194
Nîmes	12	305	9	294	14	275	17	262	19	228
Pau	11	84	13	96	7	94	8	91	15	62
Riom	14	394	16	325	14	319	16	272	28	263
Rouen	30	426	48	312	40	254	25	211	122	228
Toulouse	11	205	12	182	16	146	66	156	35	136
Totaux	256	3,765	305	3,526	356	3,144	395	2,977	631	2,690

	1re région.	2e région.
Nombre moyen des séparations de corps	679	388
Nombre moyen des séparations de biens	1,516	3,220

On pense généralement que le régime dotal offre à la femme des garanties beaucoup plus sérieuses que le régime de la communauté. Il semble que le premier met à l'abri de tout danger la dot mobilière aussi bien que la dot immobilière, puisque la loi interdit au mari de les aliéner et à la femme de renoncer à ses garanties. Pouvait-on présumer qu'elle aurait un besoin fréquent de demander sa séparation de biens? Or le tableau précé-

dent démontre que dans les contrées où le régime dotal est préféré, les tribunaux prononcent en moyenne, par année, 3,220 séparations de biens, tandis que dans celles où le régime de la communauté est en usage, le nombre des séparations de biens, pendant le même temps, n'atteint pas à la moitié[1].

Ce rapport est très-constant et se reproduit tous les ans avec une régularité remarquable. La différence entre les deux chiffres est trop grande pour être négligée par l'observateur. Il est à remarquer en outre que, dans la région du nord se trouve Paris, qui fournit par an plus de 600 faillites liquidées par le tribunal de commerce. C'est là que la fraude entre le mari et la femme devrait être le plus fréquente et que les parties ont sous la main, plus facilement qu'ailleurs, des hommes d'affaires pour les diriger et pour les engager à persister dans une instance commencée.

Le régime dotal n'aurait-il pas d'autre inconvénient que celui de donner lieu à un nombre énorme de séparations de biens, que ce motif devrait suffire pour détourner les parties de l'adopter.

IV.

Cherchons, toutefois, à nous rendre compte, s'il est possible, des raisons qui engagent les femmes à porter devant les tribunaux un aussi grand nombre de demandes de séparations de biens. Dans les contrées où le régime dotal est en vigueur, les femmes n'ayant pas l'habitude de voir leurs intérêts confondus avec ceux de leurs maris, sont plus indifférentes à l'égard des affaires dans lesquelles ils se trouvent engagés; elles sont moins disposées à faire des sacrifices. Persuadées une fois pour toutes, ainsi que leurs maris, que la dot doit avant tout être mise à l'abri, quoi qu'il arrive et quoi qu'il en coûte, aussitôt qu'une ombre de danger paraît, elles forment une demande de séparation de biens. Les tribunaux sont composés de magistrats imbus des mêmes maximes, que la loi d'ailleurs a consa-

[1] Si l'on compare la population de chaque région avec le chiffre des séparations de biens prononcées, on établit la proportion suivante :

19 (population de chaque région) : : 15 (nombre des séparations dans la 1re région) : x.

Le chiffre des séparations de biens, dans la 2e région ou x, devrait être seulement de 12,6; il est en réalité de 32, près du triple !

crées, et ils n'hésitent pas à se prononcer dans le sens le plus favorable à la dot.

Dans le nord, au contraire, les femmes partagent les chances de gain et de perte; elles donnent souvent d'excellents avis; elles sont au courant des affaires commerciales; elles tiennent souvent la caisse et les livres; elles acquièrent l'expérience nécessaire pour juger avec sang-froid, et sans s'alarmer trop tôt, une situation critique, pour aider à la traverser et à faire face à des difficultés pécuniaires: elles doivent hésiter beaucoup à faire liquider la société conjugale, dans laquelle elles ont pris un rôle actif. Il nous semble que bien des épouses dévouées éprouveraient, dans cette position, la même répugnance à demander leur séparation de biens, qu'un commerçant loyal à suspendre ou à cesser ses payements.

Il importe d'insister sur une autre considération: dans notre siècle et d'après notre législation, les femmes admises au partage égal des successions provenant de leur famille, apportent en mariage des fortunes égales et souvent supérieures à celles de leurs maris. Si leur dot est mobilière, il est très-rare que la fortune immobilière du mari soit suffisante pour garantir la restitution de la dot qu'il a reçue. A vrai dire, celle-ci est toujours en péril. Que le chef de la société conjugale éprouve des pertes, qu'il fasse une fausse spéculation, les créances dotales seront frappées de saisies, et il sera le premier à donner à sa femme le conseil de demander la séparation de biens. Lorsque la femme possède une fortune mobilière d'une certaine importance, il serait utile qu'elle s'en réservât l'administration, en la faisant déclarer paraphernale dans le contrat de mariage. Elle pourrait, dans ce cas, faire à son mari les avances qu'elle jugerait convenables, et, en cas de malheur, elle ne serait pas dans la nécessité d'arriver au même résultat par la voie judiciaire.

Si nous examinons maintenant de quel côté les séparations de corps sont le plus nombreuses, nous trouvons que dans la première région elles s'élèvent à un total de 679, tandis que ce chiffre n'est que de 388 dans la deuxième, année moyenne. Les termes du rapport sont inverses de ce qu'ils étaient, lorsque nous nous occupions des séparations des biens; ce résultat est difficile à expliquer. Y a-t-il donc moins de désordres moraux dans le midi que dans le nord? La fidélité conjugale, le foyer

domestique y sont-ils plus respectés, les scènes de violence, les injures moins fréquentes? Faut-il croire que les altercations sont plus vives et plus irréfléchies dans la région méridionale, et qu'en même temps les réconciliations se font plus facilement et avec la même spontanéité?

Je soupçonne que les femmes y sont plus réservées, plus timides qu'ailleurs; qu'elles se mêlent moins volontiers au commerce des hommes et qu'elles redoutent de porter leurs griefs devant les tribunaux. La piété, chez elles, est peut-être plus ardente et leur inspire assez d'abnégation pour respecter les vices mêmes de ceux à qui elles ont juré obéissance à la face du ciel. Ainsi, elles souffriraient en silence beaucoup de mauvais traitements et d'infidélités que les femmes, dans la région du nord, se décideraient plus facilement à dévoiler à la justice.

Une autre cause peut contribuer à rendre fréquentes les altercations domestiques dans les contrées où le régime de la communauté est préféré. On y trouve certainement un certain nombre de femmes qui se décident à faire des sacrifices pécuniaires afin de conjurer la ruine dont leurs maris sont menacés. Nous avons vu, en effet, il n'y a qu'un instant, que dans la première région, où le nombre des faillites est plus considérable que dans la deuxième, les séparations de biens étaient plus rares, et nous en avons tiré la conséquence que les femmes, quoique menacées dans leurs intérêts, hésitaient cependant à faire liquider la société conjugale. C'est dire assez qu'elles consentent souvent à se ruiner elles-mêmes. Mais un pareil dévouement ne se voit pas toujours dans les mêmes circonstances, et il doit arriver aussi souvent qu'une femme, désirant conserver sa fortune à ses enfants, refuse et doit refuser de la compromettre, nonobstant les obsessions de son mari. En ce sens, la femme richement dotée peut décider la ruine ou le salut de son mari, lorsque la mauvaise fortune frappe à la porte. Elle ne peut répondre aux instances du chef de la communauté, comme le ferait la femme dotale, à qui le législateur a lié les mains : sa signature, son engagement personnel, un trait de plume suffirait pour empêcher son mari de déposer son bilan ou de vendre son mobilier. Comment hésiter à lui tendre la main, à franchir avec lui un mauvais pas qui sera le dernier, on l'assure du moins? Le refus peut n'être pas opportun (il ne l'est jamais pour celui qui l'éprouve); de là des reproches, de la gêne dans

les rapports des deux époux entre eux, des altercations pénibles, violentes quelquefois. Les mauvais procédés, les mauvais traitements ne sont pas éloignés..... N'avons-nous pas signalé ici la véritable plaie du régime de la communauté? ne pouvons-nous pas affirmer que cette situation de la femme vis-à-vis de son mari est une cause fréquente de mauvaise intelligence entre les conjoints, et par suite de séparations de corps? Si le nombre de celles-ci n'est pas encore plus considérable, c'est que les obsessions du mari ne trouvent pas toujours de résistance et qu'il obtient de la faiblesse de sa femme tout ce qu'il lui demande.

Nous avons indiqué tout à l'heure comment il est possible à la femme dotale de se ménager les moyens de venir un jour au secours de son mari en stipulant des paraphernaux, et par suite de prévenir la nécessité d'une demande en séparation de biens, en conjurant une ruine imminente. De même, la femme mariée sous le régime de la communauté peut, au moyen d'une clause insérée dans son contrat de mariage, éviter d'être dépouillée en donnant sa signature à son mari, et rendre ainsi moins fréquentes les altercations. Elle devra s'interdire, par une stipulation expresse, la faculté de subroger les tiers dans le bénéfice de son hypothèque légale. Cette clause ne l'empêchera pas de venir au secours de son mari, car ses immeubles ne seront pas frappés pour cela d'inaliénabilité; tant que son conjoint présentera quelques garanties, elle lui sacrifiera son bien. Mais, dans ce cas, elle connaîtra exactement l'étendue de son sacrifice et des brèches faites à sa fortune personnelle. Au contraire, en donnant sa signature, en consentant une subrogation, la femme s'abuse; elle est trop souvent trompée sur les conséquences de ses engagements.

Nous n'avons pas examiné, dans cette esquisse, tous les faits qui permettent au statisticien d'apprécier la prospérité d'un pays. Ainsi, il est permis de considérer comme un indice de prospérité l'accroissement de la population sur le territoire. A ce point de vue, la deuxième région, dont le territoire a la même étendue que celui de la première, n'a qu'une population de 16 millions d'habitants, inférieure de 3 millions à la population de celle-ci, qui s'élève à plus de 19 millions d'habitants.

Il serait facile d'examiner quelle est l'activité industrielle des deux pays en recherchant, d'après les statistiques, quel est le

nombre des machines à vapeur, des établissements industriels, quel est le nombre d'actes reçus par les notaires. Mais il ne serait peut-être pas légitime de voir dans le régime matrimonial en vigueur dans une contrée, la seule cause de sa prospérité ou de son infériorité relative. Nous n'avons examiné qu'avec la plus grande réserve si le régime matrimonial avait quelque influence sur le mouvement et la division de la propriété foncière et sur l'accroissement du nombre des commerçants. L'établissement de voies de communication, de canaux ou de chemins de fer, l'exploitation d'une mine féconde, le voisinage de la mer, le cours d'un fleuve, sont des causes capitales qu'il est impossible de négliger, et au regard desquelles celle que nous étudions ne joue qu'un rôle bien secondaire. Enfin, il faudrait faire la part du tempérament national : la France n'est pas tellement homogène que l'on ne puisse signaler des différences dans le caractère de ses habitants, suivant leur origine. Les aptitudes des populations varient, suivant les provinces, et cette diversité est elle-même une condition de grandeur pour un pays.

On peut seulement constater, sans craindre de se tromper, que le régime dotal tend à arrêter la division de la propriété *dans une certaine mesure seulement*, puisque la fortune dotale immobilière est frappée d'inaliénabilité, pendant la durée du mariage ; que les femmes, sous ce régime, ont moins d'initiative et moins d'activité, parce que la loi ou leur contrat de mariage ne leur assure pas la rémunération des travaux auxquels elles seraient tentées de se livrer. Ce régime donne naissance à des procès plus nombreux, plus difficiles et plus compliqués que le régime de la communauté ; il prive le mari de son crédit et le laisse exposé à des poursuites plus rigoureuses de la part des créanciers ; car nous voyons que dans les contrées où il est en vigueur le nombre des expropriations forcées est plus considérable qu'ailleurs ; il en est de même du nombre des séparations de biens. Nous avons indiqué en même temps les stipulations qui pourraient, suivant nous, prévenir quelques-uns des inconvénients résultant de l'un et de l'autre régime. Nous ne pouvons qu'applaudir à la sagesse du législateur qui, nonobstant ses prédilections pour la communauté, n'a pas méconnu celles des populations méridionales, et qui a permis aux particuliers d'emprunter à chacun des deux régimes matrimoniaux les clauses qui leur paraîtraient les plus favorables à leurs intérêts.

Au moyen de ces emprunts, on peut arriver à mettre en harmonie les contrats de mariage avec les besoins, la condition sociale et la profession des époux. J. SIMONNET.

ENFANT NATUREL.—TUTELLE LÉGALE.—TUTELLE DATIVE.

La tutelle de l'enfant naturel est-elle *légale* au profit du père ou de la mère qui l'a reconnu, ou seulement *dative*?

Par M. GIRARD DE VASSON, président du Tribunal civil de Napoléon (Vendée).

Quand on interroge, avec quelque soin, l'esprit général de notre Code, on peut s'étonner que cette question ait été soulevée dans la doctrine et la jurisprudence. Pour celui qui embrasse avec bonne foi les vues du législateur en cette matière, il n'y a pas place, suivant nous, à la moindre obscurité, au plus léger équivoque, même devant les textes, en petit nombre, d'ailleurs, sur lesquels repose toute cette controverse.

C'est une vérité hors de toute contestation dans nos lois que l'enfant naturel, né en dehors de la famille, ne peut en revendiquer les honneurs et les prérogatives.

« Il n'est point héritier, » dit la loi (art. 756); elle ne lui accorde que des droits, et des droits restreints sur les *biens* de l'auteur déclaré de ses jours. Elle lui refuse expressément tout droit sur les biens des *parents* de ce dernier.

C'était dire assez que sa naissance ne crée pas un lien de famille, et qu'il n'y peut puiser dès lors le germe d'un titre quelconque aux faveurs attachées à la famille.

Si l'enfant naturel, quoique reconnu, est ainsi placé, par la sévérité de la loi, en dehors de la famille, s'il ne peut être héritier, s'il ne peut prétendre à aucun des droits essentiels de la famille, à quel titre la tutelle *légale* lui profiterait-elle?

La tutelle légale a son principe, « sa raison d'être, » dans le mariage. Elle n'est guère, en effet, que la continuation toute naturelle de l'état de choses qui existait pendant son cours.

Quant au père, cela est incontestable. Le père, chef de la famille pendant le mariage, administrait la personne et les biens

de ses enfants mineurs. Quoi de plus naturel qu'à la dissolution du mariage il continue cette gestion sous le titre de tutelle?

Pour la mère, même raison de décider. Devenue veuve, les charges du mariage, par conséquent la tutelle de ses enfants mineurs, passent de son mari à elle. La mort qui a séparé les deux époux n'a fait que transporter sur la tête de celui d'entre eux qui survit les droits et les devoirs du chef de la famille.

Aussi la loi ne semble-t-elle pas séparer l'idée de la tutelle légale de l'idée même du mariage. Dans sa pensée, cette tutelle succède à la gestion confiée au père pendant le mariage; et ce n'est pas sans intention que les articles 389 et 390 lient ainsi, par leur rapprochement comme par leurs termes, deux idées qu'on n'aurait pu, en effet, séparer sans méconnaître l'unité de pensée qui avait présidé à la rédaction de ces deux articles.

La tutelle légale est donc un fruit du mariage; elle n'est que cela dans le système de notre Code. Elle ne pouvait avoir une autre source.

Pour le législateur, en effet, le mariage seul était la garantie qui commandait sa confiance. Oter la tutelle légale au survivant des époux pour la laisser à la disposition d'un conseil de famille, c'eût été un soupçon injurieux au mariage, une atteinte gratuite à ses droits les plus sacrés. Si, durant le mariage, le gouvernement de la famille est légitimement placé dans les mains de son chef, de quel droit le législateur aurait-il ajouté au malheur du veuvage que subit le survivant des époux, la punition imméritée d'une déchéance que rien ne saurait motiver?

Mais si le mariage est un titre si éminent à la confiance de la loi, que dire d'une naissance illégitime? Est-ce là un titre légal pour celui qui se reconnaît l'auteur de cette infraction aux lois de la société?

Quel est, aux yeux de la loi, le lien qui unit le père et la mère naturels à leur enfant? Un lien fortuit, celui d'une naissance qui n'est que la révélation vivante, le témoin accusateur d'une faute; et comment cette faute serait-elle une garantie d'affection constante, de dévouement sérieux entre celui qui l'a commise et celui qui en est né?

Cet enfant, conçu en dehors du mariage, et qui est comme une insulte à ses lois, de quel droit prétendrait-il à la protection résultant de la tutelle de celui qui l'a reconnu? Produit d'une union passagère et que la société désavoue, sa naissance, aux

yeux de la loi, ne peut lui constituer ni droit de famille ni droit d'hérédité, et c'est avec raison; car cette union fugitive qui l'a fait naître peut être suivie, et est, en effet, presque toujours suivie d'une séparation de fait entre ceux qui lui ont donné le jour, et qui sont bientôt distraits par d'autres devoirs, par ceux du mariage même, des liens de pure affection naturelle qui avaient pu d'abord les unir à lui.

Si donc la loi, dans sa sollicitude pour l'enfant naturel, n'a pas voulu le priver de tous droits de famille; si, non contente de l'appeler, non comme héritier, mais à titre de créancier moral, en quelque sorte, à une part des biens de celui qui l'a reconnu, elle lui donne, dans une certaine mesure, sa protection; si, par exemple, elle le soumet au consentement de l'auteur de ses jours pour son mariage et les actes respectueux qu'il peut entraîner (art. 158 et suiv.); si, enfin, elle l'assujettit, dans son intérêt encore, au droit de correction envers l'auteur de ses jours (art. 383), ce ne sont là que des droits de famille accordés tout exceptionnellement par elle. Mais de ces faveurs de la loi l'enfant naturel ne peut pas logiquement conclure qu'il a toutes les autres, au contraire. C'est quand la loi est ainsi restrictive et avare dans ses dons, qu'elle les mesure avec cette précision dans ses termes. Si elle avait voulu être plus large dans ses bienfaits envers l'enfant naturel, elle l'aurait manifesté par un autre langage; elle n'eût pas dit qu'il n'était pas « héritier; » elle n'eût pas placé entre l'enfant légitime et lui cette distance si grande dont les conséquences sont si fécondes.

Après avoir rejeté l'enfant naturel de la famille et de l'hérédité, comment la loi, sous peine d'une inconséquence choquante, aurait-elle pu appeler sur lui la tutelle légale de ses père ou mère?

A cet être né d'une union sans fixité comme sans moralité, quelle garantie était offerte? Aucune, puisque celle du mariage manque.

Une seule restait donc, c'était la sagesse du conseil de famille dont le libre choix peut lui donner, mais après examen et contrôle et en pleine connaissance de cause, un tuteur vigilant et dévoué, dans la personne même de celui qui l'a reconnu.

La tutelle dative a donc « sa raison d'être » pour l'enfant naturel comme la tutelle légale a « sa raison d'être » pour l'enfant légitime. Mais faire entre ces deux positions, si différentes,

l'assimilation qu'ont hasardée quelques auteurs et quelques arrêts, c'est méconnaître les lois du mariage, aussi bien que les lois même qui ont veillé aux intérêts des enfants naturels.

La Cour de cassation n'a jamais commis cette erreur. On ne peut citer aucun arrêt d'elle ayant consacré *in terminis* la tutelle légale au profit de l'enfant naturel.

Un seul de ses arrêts est cité à l'appui de l'opinion qui revendique pour l'enfant naturel la tutelle légale. Mais cet arrêt (du 20 avril 1850), émané de la chambre criminelle, n'a point la portée qu'on lui donne. On abuse évidemment de l'un de ses motifs pour lui faire dire ce qu'il n'a jamais voulu dire dans son ensemble. Dans l'espèce de cet arrêt, on a pu dire, en donnant à la loi pénale une interprétation qui semble logique, mais qui n'est pas à l'abri peut-être du reproche d'arbitraire, mais en tous cas sans danger pour le droit civil, — que la mère qui avait abusé de sa fille mineure pouvait trouver une cause d'aggravation de peine dans la protection, dans l'*espèce* de *tutelle légale* que lui conférait cette position donnée. Mais de là à juger que cette mère naturelle était tutrice légale dans le sens du droit civil, il y a bien loin, comme on le voit. Certes, la Chambre criminelle, en donnant cette interprétation à l'article 350 du Code pénal, n'a pas eu la prétention de trancher une question de droit civil. Si elle eût eu à s'expliquer sur une question de cette nature, il est à croire qu'elle se serait exprimée avec une plus rigoureuse précision de langage. Elle ne songeait pas, à coup sûr, à préjuger une question qui n'était pas dans sa sphère, et qui ne pouvait lui être soumise. Il faut donc renfermer cet arrêt dans sa portée restreinte, et on voit que cette autorité n'en est point une pour la question qui nous occupe.

L'enfant naturel est donc voué, par la nature même des choses, à la tutelle *dative*. Ses garanties, à lui, sont donc le conseil de famille; elles ne peuvent être que là.

L'enfant légitime, au contraire, à la mort de l'un de ses parents, a une garantie plus haute aux yeux de la loi, que celle du conseil de famille. Cette garantie, c'est la tendresse du chef survivant de la famille déjà éprouvé pendant tout le cours du mariage. Sa garantie, à lui, est là. Elle ne pouvait être ailleurs.

Conservons donc avec un soin religieux, à l'enfant légitime comme à l'enfant naturel, les garanties spéciales qui appartiennent à chacun d'eux, et ne transportons point dans le do-

maine de l'un ce qui ne peut fructifier que dans le domaine de l'autre.

Et voyez comme tout se coordonne et s'enchaîne dans ce système de la loi qui attribue au survivant des père et mère la tutelle légale de l'enfant légitime, et la refuse, au contraire, à l'enfant naturel !

Il est si vrai que cette tutelle procède du mariage, et ne procède que de lui, qu'à cette prérogative est attachée par la loi (art. 384) un droit de jouissance qui a la même source que la tutelle légale elle-même, et cette source c'est encore le mariage.

Aussi qu'arrive-t-il si le bénéficiaire de cet usufruit légal trompe la confiance de la loi ; si, par exemple, il a causé le divorce qui a rompu le mariage, — quand cette mesure était encore dans nos lois ; — ou seulement si, veuve, la mère vient à se remarier? Il arrive que le droit d'usufruit légal tombe en déchéance, parce que cet époux divorcé, ou cette mère qui convole à de secondes noces, deviennent suspects à la loi (art. 386). Ils ont l'un et l'autre manqué aux conditions du premier mariage, détruit les garanties que ce premier mariage offrait aux enfants qui en étaient issus.

Je le demande : rien de pareil vient-il militer en faveur de l'enfant naturel? Où sont les signes, reconnaissables par la loi, de la sollicitude qui a entouré son berceau, des soins donnés à son enfance, des sacrifices faits à ses intérêts? Là où le mariage n'apparaît pas avec tous les devoirs accomplis sous son voile sacré, où sont pour la loi les garanties qui commandent de confier à l'auteur de ses jours une prérogative qui érigerait chez ce dernier une faute à la hauteur d'un droit?

Si la loi a voulu faire respecter la famille en tenant rigoureusement l'enfant naturel en dehors des droits de celle-ci, si elle lui a refusé le titre et les honneurs de l'hérédité, si elle a mesuré, comme nous l'avons vu, avec une prudente sollicitude, ceux des droits de famille qu'elle pouvait lui concéder sans porter ombrage aux droits du mariage, elle a été conséquente avec elle-même en lui refusant la tutelle légale, et elle a pourvu suffisamment à ses intérêts bien entendus en ne lui réservant que la tutelle *dative* émanant d'un conseil de famille.

Nos auteurs modernes les plus accrédités ont repoussé cette assimilation de l'enfant naturel à l'enfant légitime. *Marcadé*, avec son esprit de décision ordinaire, n'hésite pas à repousser l'en-

fant naturel de la tutelle légale. M. *Demolombe* (*De la minorité*, t. II, nos 383 et suiv., pages 281 et suiv.) professe la même opinion, mais avec moins de fermeté. Il semble mettre en doute la pensée même qui, évidemment, à nos yeux, a inspiré le législateur. Il ne craint pas de se demander si ce n'est pas par un simple *oubli* que les rédacteurs du Code n'ont pas assimilé, dans ce cas, l'enfant naturel à l'enfant légitime.

Quant à nous, nous ne sommes pas de ceux, nous l'avouons, qui croient facilement à de telles distractions chez les illustres auteurs de notre Code. Nous n'avons pas une foi si tiède dans la logique et la haute moralité de sa rédaction. Nous nous rangerions bien plus volontiers dans le camp de ceux qui sont imbus de cette pensée que les législateurs qui avaient une législation civile à fonder parmi nous, c'est-à-dire dans une société policée et chrétienne, ont voulu l'asseoir sur la base éternelle des mœurs et de la famille. Nous croyons fermement que, dans leur légitime sollicitude pour les droits du mariage, ils ont renfermé, à dessein, dans un cercle spécial, les enfants dont la naissance sans doute est un malheur digne de la pitié de la loi et de ses justes égards, mais non de ses faveurs.

Nous savons qu'on n'a pas craint d'avancer que l'enfant naturel que la loi a exclu si clairement de la famille, en l'excluant momentanément de l'hérédité, pouvait cependant y rentrer par l'*adoption*.

Ce n'est pas ici le lieu de toucher, même de loin, à cette question si controversée, et devant laquelle, d'ailleurs, devrait se récuser notre insuffisance. Qu'il nous suffise de dire qu'à nos yeux le Code est un dépôt dont notre génération ne doit pas se hâter de répudier les richesses et d'altérer les tendances. N'oublions pas qu'il a été écrit sous des inspirations dont il serait triste, au milieu de tant d'autres symptômes alarmants, de voir déjà les traditions s'affaiblir parmi nous.

GIRARD DE VASSON.

BIBLIOGRAPHIE.

CONSIDÉRATIONS SUR L'ENSEIGNEMENT DU DROIT ADMINISTRATIF,

Par M. Jules MALLEIN, ancien bâtonnier de l'ordre des avocats à la Cour d'appel de Grenoble, professeur à la Faculté de droit de la même ville, membre de la Légion d'honneur. — Un volume in-8 de 418 et XII pages. Paris, chez H. Plon, rue Garancière, 8. Prix : 6 fr.

Compte rendu par M. Félix BERRIAT-SAINT-PRIX, avocat, docteur en droit.

A mesure que le domaine des sciences s'agrandit, les diverses branches de l'enseignement se multiplient et se subdivisent. Les attributions des chaires diminuent et la durée des cours augmente. Le progrès politique produit des effets analogues : nul ne conteste aujourd'hui que les administrateurs aient des devoirs à remplir envers les administrés; qui donc contesterait la nécessité des études administratives? Le législateur ne tardera pas, sans doute, à sanctionner sur ce point l'opinion générale. Les sollicitations de ceux qui aspirent aux fonctions publiques devront être appuyées sur des preuves préalables de science et de capacité. Et, pour les fonctions élevées, ce n'est pas assez d'astreindre les candidats à suivre des leçons pendant un an; un cours de trois années est indispensable comme pour la magistrature et les professions qui se rattachent à l'ordre judiciaire. M. Mallein démontre fort bien que, dans l'état actuel des choses, un professeur est contraint de se restreindre à des notions superficielles sur l'ensemble, ou de sacrifier la plus grande partie des principes, pour en approfondir quelques-uns. J'ajouterai que le choix où conduit cette fâcheuse alternative est souvent préjudiciable à la masse des élèves : le désir naturel de prouver qu'on sait creuser un sujet, ou l'inexpérience des difficultés de l'enseignement élémentaire, déterminent ordinairement le maître en faveur du cours spécial, de telle sorte que les étudiants les plus assidus et surtout ceux qui ont le plus besoin de leçons, peuvent, à la fin de l'année, posséder assez bien la matière des eaux et forêts, et ne pas savoir ce que c'est qu'un préfet ou une commune. Dans un auditoire nombreux, c'est presque toujours la majorité qui a besoin de notions générales. Sur cent élèves, dix seront satisfaits d'être instruits en matière

d'enregistrement, à cause de leur destination probable; quatre-vingt-dix n'y attacheront qu'un médiocre intérêt. Cela est si vrai que, lorsque la réforme très-rationnelle proposée par M. Mallein sera réalisée, on pourra se demander s'il ne convient pas d'établir un cours élémentaire à côté des cours triennaux; et cette question s'élève déjà pour le droit privé. Combien de personnes voudraient connaître dans son ensemble le code de la famille et de la propriété, qui reculent devant la nécessité de consacrer trois années entières à cette étude! Les apprentis administrateurs sont sûrement dans le nombre. J'incline à penser qu'il conviendrait d'étendre la durée des études pour la licence à quatre ans. Un cours élémentaire annuel servirait de prélude au cours approfondi et satisferait ceux qui veulent seulement posséder les principes généraux. On trancherait ainsi une difficulté de méthode insoluble pour les professeurs actuels, obligés en quelque sorte par les règlements d'approfondir dès le début.

Ce n'est pas assez que d'indiquer une réforme, il faut encore montrer les moyens de l'exécuter. M. Mallein le sait; aussi s'empresse-t-il de développer son plan d'organisation. Il commence par déblayer le terrain des idées *fausses* qui l'encombrent, afin d'établir à la place des idées *justes*. Deux chapitres *distincts* sont consacrés à ce travail : cependant, est-il possible de démontrer la fausseté d'une idée sans en conclure la justesse de l'idée contraire? Mieux valait préciser les questions successivement traitées dans les deux chapitres. D'ailleurs, l'épithète *fausses* est un peu tranchante. M. Mallein, écrivain plein de mesure et de goût, l'a bien senti, car il prend soin d'avertir que c'est une manière abrégée d'annoncer son opinion personnelle. Malgré cette précaution oratoire, je crois qu'il était préférable de se borner à discuter et conclure : les fausses idées dont il s'agit sont simplement des idées *contestables*, puisqu'elles se fondent sur des motifs sérieux. — M. Mallein repousse à la fois « et le projet de créer des facultés spéciales de droit poli- » tique et administratif, et celui d'instituer des grades spéciaux » dans cette branche d'enseignement. » Il y a plus de vingt ans déjà, dans un livre sur la charte, j'ai réclamé des facultés de sciences morales où les candidats à la législature et aux fonctions administratives pussent acquérir l'instruction qui leur manque trop souvent; je les ai réclamées de nouveau dans ma

Théorie du droit constitutionnel; ce n'est pas sans un certain effroi que j'ai vu qualifier cette idée « d'absolument fausse. » Je me suis rassuré quelque peu, en lisant les arguments de M. Mallein; il étaye son système sur un principe qu'il appelle l'*unité dans la justice*, et dont il déduit diverses propositions qui auraient besoin d'être contrôlées par une métaphysique rigoureuse; par exemple celle-ci : le *droit doit* faire triompher ce qui est *juste*. Mais on n'a jamais observé que la multiplicité des écoles de droit, de médecine, de mathématiques, ... ait enfanté des sciences fausses à côté de la vraie; quant aux controverses sérieuses, elles divisent nécessairement les professeurs de chaque faculté particulière, aussi bien que les facultés différentes. Il faut donc chercher ailleurs la solution de la difficulté. L'étendue de l'enseignement doit être proportionnée aux besoins scientifiques de ceux qui le reçoivent; les preuves de capacité doivent être corrélatives aux fonctions que sollicitent les candidats; tels sont, à mon sens, les véritables principes de la matière. Comment soutenir, avec quelque apparence de raison, que la collection, j'allais dire l'armée des agents administratifs, doive être soumise identiquement aux mêmes études, aux mêmes épreuves que la collection des avocats et des agents du pouvoir judiciaire? La législation existante admet des distinctions entre les docteurs en médecine et les docteurs en chirurgie, entre les pharmaciens et les officiers de santé, entre les licenciés en droit et les capables... Ces distinctions sont-elles *mesquines?* je ne sais; mais elles reposent sur des idées justes. En théorie, les facultés de droit sont de simples démembrements des facultés des sciences morales et politiques, telles que je les conçois; mais, soit que l'on veuille conserver aux premières une existence propre (de même que la médecine reste isolée des autres sciences physiques), soit qu'on veuille les fondre dans les secondes, il importe que toutes les sciences représentées à l'Institut soient représentées à l'Université. M. Mallein est partisan exclusif des facultés de droit; et, comme il démontre fort bien qu'on ne saurait assujettir les jeunes gens à suivre plus de quatre cours par année, il élague de son plan les cours de morale, de droit naturel ou de législation générale, d'économie politique et jusqu'à une chaire dont il était partisan décidé en 1845, celle de Pellegrino Rossi. J'aime à voir un écrivain reconnaître ses erreurs; mais j'avoue ne pas compren-

dre comment des événements politiques peuvent restreindre l'enseignement de la vérité; à l'égard du faux, on ne doit l'enseigner à aucune époque. Si l'histoire prouve ici quelque chose, c'est qu'il faut multiplier les chaires et en créer enfin une qui ait pour objet la démonstration de la propriété. M. Mallein ne s'inquiète pas de l'éducation des candidats à la législature; il semble croire, conformément à une opinion fort répandue, que les discussions législatives sont supprimées; heureusement cette opinion est inconciliable avec l'article 39 de la loi fondamentale. — L'auteur, empruntant avec à-propos le langage de l'économie politique, se déclare partisan du *libre échange* en fait de saines doctrines. Néanmoins il repousse l'institution germanique des professeurs libres comme une idée fausse, et oppose Salvandy à Cuvier. Sans doute, la concurrence plus ou moins libre ne saurait être admise sans certaines précautions transitoires, combinées avec un maximum d'âge; mais elle fournirait sûrement aux talents ignorés un moyen de se produire : l'assertion contraire de Salvandy est d'une inexactitude palpable. Enfin elle n'aurait aucun inconvénient, appliquée aux matières que les professeurs officiels sont forcés d'omettre ou d'effleurer rapidement.

Je me suis étendu plus que je ne le voulais sur ce double chapitre d'idées fausses et justes. J'ai hâte d'aborder la dernière et la plus considérable portion du livre que j'ai sous les yeux; sur ce nouveau terrain, je me rencontre presque constamment avec l'auteur, et n'ai que des éloges sans restrictions à lui adresser. Il trace un plan détaillé de la distribution des matières administratives pour un enseignement de trois années, plan qui se rapproche assez des bases que j'ai posées dans mon *Droit constitutionnel*. Dans le chapitre intitulé « Méthodologie, » M. Jules Mallein expose fort judicieusement la manière dont l'histoire doit se combiner avec le droit proprement dit pour prêter à cette science un secours réellement efficace. Je partage aussi toutes ses idées sur les épreuves universitaires. Je crois, avec lui, que des interrogations familières devraient stimuler le travail préparatoire des élèves; que la composition écrite est « un » des meilleurs moyens de vérifier la valeur intellectuelle et le » savoir acquis des candidats, pourvu qu'elle soit *consciencieu-* » *sement* subie; » je crois que les examens devraient être individuels, de peur que l'appréciation ne soit faussée par suite du

voisinage de concurrents plus forts ou plus faibles. M. Mallein passe ensuite en revue quelques innovations récentes ; il formule des critiques fort justes contre l'institution des agrégés et la surcharge d'études littéraires dont on a voulu grever la jeunesse qui fréquente les écoles de droit. Je ne puis reproduire ici des détails que liront avec plus de fruit dans l'ouvrage même tous ceux qui souhaitent le progrès de l'enseignement du droit administratif.

La dédicace, placée en tête du volume, révèle au lecteur une circonstance intéressante : l'auteur était privé de la vue, quand il méditait ainsi sur la théorie de l'art qu'il pratique avec succès depuis près de vingt ans. Le public doit prendre part à la reconnaissance que mérite le docteur Nélaton dont la cure nous vaut un bon livre de plus. FÉLIX BERRIAT-SAINT-PRIX.

REVUE CRITIQUE DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE ALLEMANDES,

Par MM. ARNDTS, BLUNTSCHLI et PÖZL, professeurs à Munich.
T. II, cahier 3 ; t. III, IV et V, cahier 1.

Compte rendu par M. BERGSON, docteur en droit.

Nous nous sommes déjà occupé dans la *Revue* (t. VI, p. 473) de cet intéressant recueil, dont nous avons sous les yeux une nouvelle suite de cahiers. La variété instructive de matières que nous avons rencontrée dans les précédents cahiers, on la retrouve encore dans la nouvelle collection et surtout dans un certain nombre d'articles dont nous allons offrir aux lecteurs de la *Revue* une analyse sommaire.

I. M. Maurer nous a raconté déjà les origines des lois criminelles anglo-saxonnes. Ses recherches sur les origines de la royauté et de la noblesse anglo-saxonnes n'offrent pas moins d'intérêt. On sait quelle influence considérable les clientèles militaires connues sous le nom d'*arimannies*, ont exercée sur la fondation des monarchies germaniques. Ces clientèles semblaient contenir une certaine hiérarchie des situations, les germes d'une véritable noblesse. Néanmoins, d'après l'opinion de nos historiens les plus célèbres, il n'y avait pas chez les Germains de classe noble proprement dite ; les nobles se con-

fondaient d'abord avec les *principes* chargés de hautes fonctions[1]. Telle est aussi en général l'opinion des historiens allemands et anglais. Ainsi Phillips explique par l'organisation savante des clientèles militaires les institutions primitives des monarchies anglo-saxonnes dans la Grande-Bretagne. De même M. Schmidt rattache les origines de la royauté germanique au pouvoir du chef militaire et conquérant sur ses compagnons d'armes, et il invoque à cet effet l'autorité des lois anglo-saxonnes[2]. Le fougueux historien allemand, M. Léo, regarde tout simplement comme synonymes les termes de clientèle militaire (*comitatus* chez Tacite) et de peuple (*folc*); il assimile le droit populaire (*folcriht*) au droit de la clientèle militaire, la terre du peuple (*folcland*) à la terre grevée de certains services. Kemble, le célèbre jurisconsulte anglais, explique également les conquêtes des races anglo-saxonnes par l'institution des clientèles militaires. Il convient cependant que les compagnons du roi jouissaient d'un droit spécial, qu'ils étaient jugés par des juridictions spéciales et se trouvaient par là même exclus de l'assemblée populaire. M. Maurer est d'un avis diamétralement opposé. Selon lui, la condition fondamentale de la clientèle militaire étant la communauté de la vie domestique ou intérieure, était par là même exclusive de la possibilité de faire entrer dans le sein de la communauté de grandes masses et, à plus forte raison, le peuple entier. Le caractère distinctif de ces communautés primitives, si bien décrites par Tacite, se retrouve encore avec toute son énergie dans les époques suivantes. Les *Gesidhas* et les *Thegnas* de la première époque anglo-saxonne, les *Huskarlar* et les *Hirdhmenn* du Nord scandinave, les *Gasindhi* et les *Gardinghi* lombards et goths, les *Antrustiones* et *Convivæ regis* de l'époque franco-gallique jouissaient vis-à-vis de leurs chefs d'une position tout à fait analogue à celle qu'occupaient, selon Tacite, les compagnons (*comites*) auprès de leur prince (*princeps*) ou, selon Ammien, Jornandes et autres, les clients (*clientes, comites*) auprès de leur maître. Groupés autour de leur chef, ils étaient liés entre eux par la communauté de la vie domestique, et ce n'est que par exception que le nom de compagnons fut appliqué à des personnes étrangères au service

[1] V. M. Laferrière, *Histoire du droit français*, t. III, p. 140.
[2] *Einleitung zur Ausgabe der Gesetze*, p. LXX à VIII.

du chef. Alors même la suite du roi continue à former un corps étroit, par opposition au reste du peuple. En effet, Tacite déjà représente les clientèles (*comitatus*) comme des associations étroites dans le sein des différentes tribus germaniques, de celles-là même qui n'étaient pas encore gouvernées par des rois proprement dits. Plus tard encore, on distinguait la suite du roi de la masse du peuple, et la position du roi à l'égard de ses compagnons différait essentiellement de celle qu'il occupait dans l'assemblée populaire et libre. Selon M. Maurer, les historiens qui ont cherché la source de la royauté germanique et des royaumes fondés par les conquérants germaniques, dans l'institution des clientèles militaires, ont confondu deux choses essentiellement distinctes, à savoir une institution régulière et permanente avec ces réunions accidentelles, passagères, de guerriers aventuriers pour une expédition commune sous la direction d'un chef par eux élu. La clientèle militaire n'était pas seulement *in bello præsidium*, mais aussi *in pace decus*. C'est une association permanente dont l'existence ne dépendait pas uniquement de l'état de guerre. M. Maurer invoque encore le témoignage de César (*de B. G.*, t. VI, chap. 23), qui raconte que les hommes réunis pour une expédition commune sont liés entre eux, à la vérité, pendant la durée de l'expédition, mais se dispersent aussitôt après.

M. Maurer admet en outre, chez les Anglo-Saxons, comme chez les autres tribus germaniques, l'existence d'une noblesse héréditaire, ou en d'autres termes, l'existence de deux classes distinctes du peuple, connues sous les dénominations différentes de *eorlas* (*aedheling*, *nobilis*, chez les tribus scandinaves *jarl*) et *ceorlas* (chez les Scandinaves *karl*, *thrall*). Dans les temps primitifs, alors que la royauté n'existait pas encore, les nobles formaient dans leurs districts respectifs une espèce de royauté locale. Selon M. Maurer, la royauté ne commence à s'établir d'une manière définitive chez les Germains, et notamment chez les Anglo-Saxons, que du jour où ayant cessé d'être purement élective, dans la généralité des familles nobles, elle est devenue héréditaire dans une seule de ces familles. Elle a pris alors le nom de royauté commune (*eorla ealdor*, chef des nobles; dans les lois scandinaves *Konungr Konung*, roi des rois). Ce jour-là la noblesse, jusqu'alors souveraine, est descendue au rang d'une simple noblesse de services pour revêtir par la suite un nou-

veau caractère, celui d'une noblesse foncière ou territoriale.

M. Maurer développe ces propositions qui découlent d'un rapprochement heureux des lois anglo-saxonnes et des lois scandinaves, dans une suite de laborieuses recherches, qui ne manquent ni de vigueur ni d'originalité.

II. M. le professeur Arndts rend compte d'un ouvrage intitulé : *De l'esprit du droit civil prussien*[1]. L'auteur prussien prend pour points de départ certaines propositions qu'on peut résumer dans les termes suivants :

La mission que la Prusse est appelée à remplir dans l'histoire est facile à saisir. État de l'intelligence par excellence, il doit progresser d'une manière constante dans la voie des réformes intelligentes. Toutefois, l'auteur l'avoue avec regret, depuis que la Prusse est devenue une grande puissance par l'énergie du grand Frédéric, elle a manqué quelquefois et naguère encore à sa noble mission ; elle a manqué parfois de la volonté et de l'énergie nécessaires. En ce qui concerne notamment son unité judiciaire, il faut qu'après avoir recouvré depuis 1848 le sentiment de son unité, elle obtienne bientôt une législation civile uniforme, analogue à la législation pénale dont elle a été dotée tout récemment. Jusqu'à ce jour, le Code général (*Landrecht*), produit de l'esprit allemand, et le Code Napoléon, *produit de l'esprit roman* (latin) ont subsisté sur le territoire prussien avec leur antagonisme fondamental. Dans cet état des choses, il est à craindre que l'esprit du droit rhénan (du Code Napoléon) ne finisse par l'emporter sur l'esprit du Code général. Les provinces rhénanes, à la vérité, ont dépassé les anciennes provinces dans leur développement politique. Le droit *formel* des nations romanes (latines), il faut en convenir, a atteint un haut degré de perfection. Aussi la procédure criminelle de la monarchie prussienne a-t-elle dû être réformée d'après les bases de la législation rhénane. Mais nul doute que le droit *matériel* allemand ne soit supérieur au droit matériel roman : or, le Code général est de tous les Codes allemands celui qui réfléchit le mieux l'esprit allemand.

Quel est donc le caractère distinctif du Droit allemand et du

[1] *Der Geist des preussischen Privatrechts in vergleichung mit dem römischen, österreichischen und französischen Recht*, von Otho Plathner, etc.; 2 vol. Berlin, 1854.

Droit *roman?* Pour répondre à cette question, l'auteur établit, d'après une formule hegélienne, une distinction entre le droit strict et le droit réel (*das strenge Recht, das wirkliche Recht*), ce dernier fondé surtout sur l'action du principe moral. Comme, selon le même auteur, les lois des nations romanes réfléchissent surtout leurs origines romaines, les principes de la législation romaine, il en est résulté que l'action du principe moral s'y présente avec un caractère beaucoup moins énergique que dans les lois allemandes, et notamment dans le Code général. Nulle part le principe moral ne se manifeste avec tant d'énergie que dans ce dernier. Son esprit allemand se réfléchit surtout dans les dispositions par lui consacrées en matière réelle, son esprit prussien dans les règles relatives aux effets de la bonne et de la mauvaise foi.

Est-il vrai, ainsi que le soutient l'auteur, que le principe moral de la bonne et de la mauvaise foi a reçu dans le Code prussien la sanction la plus complète? Les rédacteurs du Code prussien, il faut en convenir, ont montré dans toutes les parties de leur œuvre laborieuse, une tendance honnête, constante, à donner satisfaction aux règles de l'équité, et à réprimer avec énergie les écarts trop fréquents de la mauvaise foi. Plus qu'en aucun autre Code, il y est question de la bonne et de la mauvaise foi. Cela s'explique par cette double circonstance, que d'une part, le législateur prussien est entré en général et pas toujours d'une manière heureuse, dans les détails d'une casuistique minutieuse. D'autre part, il a rattaché à la simple possession certains effets juridiques qu'il fait dépendre de l'existence de la bonne foi. Cependant en réalité, il n'a rien ajouté sous ce rapport aux règles qu'il trouvait établies. Ainsi pour ne citer qu'un exemple, si pour la prescription d'une créance il exige que le débiteur ait été toujours de bonne foi, cette disposition se trouvait déjà établie dans le Droit canon et le Droit commun allemand.

Est-il permis enfin, ainsi que l'a fait l'auteur prussien, d'opposer au Code Napoléon le code général comme un produit de l'esprit germanique? C'est encore une erreur fondamentale qui dénote chez cet auteur une connaissance très-imparfaite de notre législation civile. Il semble ignorer l'influence prépondérante que les rédacteurs du Code civil ont accordée aux anciennes coutumes. Il ne devait pas ignorer que de savants ger-

manistes ont fait ressortir le caractère profondément germanique du Code [1]. Et si nous le suivons sur son propre terrain, nous lui demanderons : Quels sont les principes du Code Napoléon en matière réelle? Ce ne sont pas assurément ceux du Droit romain, ainsi qu'un simple aperçu le démontre.

1° Le simple consentement est translatif de propriété (art. 1883 C. Nap.). D'après le Code prussien au contraire il faut, ainsi que le prescrivent les lois romaines, que le consentement soit suivi d'une tradition réelle, émanée soit du vendeur soit du juge (1re partie, titre 10, §§ 1-5).

2° En fait de meubles, le législateur français a adopté, d'une manière absolue, le principe germanique de la saisine (art. 2279). Le législateur prussien au contraire a reproduit avec quelques modifications, les règles du Droit romain.

3° Relativement à la transcription des droits réels, le Code prussien (I, 10, §§ 7 et 9) contient les dispositions suivantes : l'acquisition d'un immeuble n'est parfaite que par l'inscription sur les registres publics. Le propriétaire d'un immeuble inscrit sur les registres publics, en est réputé propriétaire à l'égard des tiers. Le propriétaire non inscrit conserve son recours contre le propriétaire inscrit ou apparent.

Ces dispositions n'ont pas toujours été interprêtées par le ministre de la justice qui, en Prusse, était investi du pouvoir de l'interprétation authentique des lois, dans un sens conforme aux principes de la transcription. L'auteur en convient; il déplore cette interprétation comme une conséquence de l'invasion du Droit romain. Mais ce serait se méprendre singulièrement sur le caractère de notre régime hypothécaire tel que l'ont établie les rédacteurs du Code, que de le regarder comme le résultat direct de l'influence du Droit romain. Le système hypothécaire, adopté aujourd'hui dans presque toute l'Allemagne, ne saurait non plus être considéré comme le produit exclusif des anciennes lois germaniques. Il est plutôt le produit du génie moderne, des besoins d'un crédit réel auxquels les législateurs allemands ont cherché à donner une satisfaction suffisante.

En résumé, il me semble téméraire de parler aujourd'hui

[1] V. Zöpfl, *De l'élément germanique dans le Code Napoléon*, dans la *Revue étrangère de législation*, t. IX, p. 79. V. aussi mon Introduction historique dans la 2e édition de la *Concordance des Codes civils* de M. de Saint-Joseph, p. CXI.

d'un esprit exclusivement germanique ou roman dans nos lois modernes. Elles sont plutôt le résultat plus ou moins complet de ce double esprit, qui dans aucune autre législation, ne se réfléchit avec autant d'éclat que dans la nôtre. Je reconnais volontiers le mérite éminent du Code prussien, œuvre conçue par un grand souverain, où le travail allemand se montre avec ses qualités solides de patiente profondeur. Mais c'est ajouter peu à sa valeur intrinsèque que de vouloir le représenter comme le produit exclusif de l'esprit allemand, et exalter à ce titre son importance au détriment de la législation française.

III. Dans aucune branche de la jurisprudence, l'influence de nos codes sur la vie juridique de l'Allemagne n'éclate avec autant d'énergie que dans la procédure criminelle. J'ai raconté à une autre occasion que par la loi du 17 juillet 1846, le législateur prussien s'est approprié les principaux éléments de la procédure française, le ministère public, le débat oral, la publicité des audiences, l'information préliminaire, la distinction des différentes espèces de contraventions[1]. Le mouvement législatif, loin de se ralentir, s'est généralisé depuis et il embrasse aujourd'hui l'Allemagne entière. Ce mouvement, j'aime à le constater, est dû surtout à l'initiative des jurisconsultes allemands. Il a été précédé et suivi d'une masse prodigieuse de travaux scientifiques, dont M. Frédéric Walther nous offre un excellent résumé.

M. Walther distingue trois groupes d'États : le premier groupe comprend le petit nombre d'États où la procédure criminelle est restée jusqu'à présent à peu près stationnaire. Ce sont seulement le Meklembourg et les quatre villes libres. Au deuxième groupe appartiennent les États où le ministère public, le débat public et oral ont été introduits, toutefois sans l'institution du jury : l'Autriche, la Saxe et le Luxembourg néerlandais. Dans l'Autriche allemande, à la vérité, la loi provisoire du 17 janvier 1850 avait établi le jury ; mais le Code d'instruction criminelle du 29 juillet 1853 l'a aboli de nouveau. Dans le troisième groupe, enfin, on retrouve le jury avec les autres institutions françaises. En font partie : la Prusse (lois du 3 janvier 1849 et du 3 mai 1852 ; lois relatives aux délits politiques

[1] V. mon *Aperçu sur la nouvelle législation prussienne en matière de procédure*, dans la *Revue du droit français et étranger*, t. IV, p. 130 et 201.

et de presse du 25 avril 1853 et du 6 mars 1854); la Bavière (loi du 10 novembre 1848; projet d'instruction criminelle de 1851 qui n'a pas encore été publié); le Wurtemberg (14 août 1849); le Hanovre (Code d'inst. crim. du 8 novembre 1850; loi sur le jury du 24 décembre 1849); Brunswick (Code d'instruct. crim. du 22 août 1849); le grand-duché de Bade, les deux Hesse, Nassau, l'Oldenbourg et les deux duchés de Thuringe. A cette dernière catégorie appartient encore le Code d'instruction criminelle très-remarquable du canton de Zurich, publié en 1853. Partout, dans ces différentes législations, l'action profonde des principes français est facile à constater.

Ce mouvement législatif si considérable, nous venons de le dire, trouve son complément naturel dans l'extrême richesse de travaux scientifiques qui grossit tous les jours. Leur analyse forme la seconde partie de l'article si intéressant de M. Walther. Il nous montre que les jurisconsultes allemands, tout en accordant des éloges mérités à la supériorité de notre Code, sont cependant peu disposés à en approuver d'une manière absolue les diverses dispositions. A l'éloge s'allie constamment une saine critique. Il suffira de citer quelques exemples. Ainsi les auteurs allemands désapprouvent la disposition qui soumet le juge d'instruction à la surveillance du procureur général. L'instruction, disent-ils, est une affaire purement judiciaire dans laquelle le ministère public doit prêter au juge son assistance, sans toutefois exercer sur ce dernier une surveillance qui ne peut appartenir qu'au tribunal seul dont celui-ci est membre. Les fonctions du ministère public pendant l'instruction consistent essentiellement à veiller, dans l'intérêt de la société, à ce que toutes les voies légales soient employées pour la constatation du crime. — Ces auteurs critiquent encore la disposition qui confère au préfet le pouvoir de former la liste du jury. A cette disposition, M. Walther oppose celle de la loi de Bavière du 10 novembre 1848, qui investit des mêmes fonctions les conseils généraux (provinciaux). Il se plaint du pouvoir discrétionnaire exercé par le président dans le cours des débats, à l'audience. Il s'élève surtout avec énergie contre le système de résumé du président, système qui, ainsi que l'enseignait déjà M. Boitard, laissant presque toujours apercevoir l'opinion du président, exerce par là même sur le jury la plus puissante des influences; système qui enlève à l'accusé le bé-

néfice d'avoir la parole le dernier[1]. En Angleterre, le rôle du juge-président à l'audience se borne exclusivement à la direction des débats dans l'intérêt de la justice et des lois. Les Anglais disent : *The judge is the counsel for the prisoner*, ce qui signifie que le juge doit veiller à ce que les règles relatives aux preuves établies dans l'intérêt de l'accusé, ne soient pas violées par l'accusateur. L'auteur fait remarquer, dans la procédure anglaise, la supériorité du système dit *law of evidence*, riche ensemble de règles consacrées par l'expérience des siècles et qui ont pour but de faciliter dans chaque espèce, la découverte de la vérité. Enfin il présente d'excellentes observations sur le système de questions qui sont posées au jury à l'issue de l'audience, au moment où il doit se retirer dans la salle de délibération.

Nous ne terminerons pas cette analyse sommaire sans rendre hommage à quelques-uns au moins de ces auteurs qui ont si puissamment contribué aux réformes opérées naguère dans la procédure criminelle de l'Allemagne. Leurs travaux méritent à plusieurs égards de fixer l'attention des jurisconsultes français.

En première ligne, il faut nommer celui qui à juste titre peut être regardé comme le père du mouvement de réforme signalé ci-dessus, le vétéran de la jurisprudence allemande, M. Mittermaier. Son dernier ouvrage intitulé : Des progrès les plus récents de la législation en matière de procédure criminelle (*Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung*, Erlangen, 1856) contient un tableau critique des institutions des principales nations de l'Europe et de l'Amérique. Il forme le complément naturel de ses deux autres ouvrages intitulés : Du débat oral, du principe d'accusation, de la publicité et du jury (*Die Mündlichkeit, das Anklageprincip, die Oeffentlichkeit und das Geschwornengericht*, 1845) ; de la Procédure criminelle anglaise, écossaise et américaine (*Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren*, 1851).

Kostlin, De la réforme de la procédure criminelle allemande au xixe siècle, suivie d'un aperçu sur les origines du jury (*Der Wendepunkt des deutchen Strafverfahrens in* 19 *Jahrhundert*,

[1] *Leçons sur le Code pénal et d'instruction criminelle*, 5e édit., 1851, p. 534.

nebst ausführlicher Darstellung der Entstehung des Geschwornengerichts, Tubingue, 1849).

Daniels, De l'origine et de la valeur du jury (*Ursprung und Werth der Geschworneninstanz*, 1848).

Le même, Principes de la procédure criminelle rhénane et française (*Grundsätze des rheinischen und französischen Strafverfahrens*, Berlin, 1849).

Frey, De la procédure civile et criminelle française, comparée à celle de l'Angleterre (*Frankreichs civil und criminalverfassung mit Beziehung anf England, nebst einer Darstellung der in Deutchland erschienens Gerichtsverfassungen*, 2e édition, Erlangen, 1849).

Le même, Du ministère public en Allemagne et en France (*Die Staatsanwaltschaft in Deutchland und Frankreich*, Erlangen, 1845).

Gneist, De la formation du jury en Allemagne (*Die Bildung der Geschwornengerichte in Deutchland*, Berlin, 1849).

Les nouvelles lois publiées dans les différents États de l'Allemagne ont été recueillies dans plusieurs collections, notamment par MM. Haberlin (*Sammlung der neuen deutchen Strafprocessordnungen*, Greifswalde, 1852); Hauff (*Die Gerichtverfassung der sämmtlichen deutschen Staaten*, Fürth, 1855); et Brauer (*Die deutschen Schwurgerichtgesetze*, Erlangen, 1856).

BERGSON.

NÉCROLOGIE.

La librairie vient de perdre un de ses représentants les plus recommandables et des plus importants. M. Victor Lagier, ancien libraire-éditeur à Dijon, est mort le 31 août dernier, laissant d'universels regrets parmi ceux de ses confrères qui avaient pu l'apprécier.

Ainsi que la plupart de ceux qui obtiennent dans l'industrie de brillants succès, M. Lagier entreprit sans aucune avance de fonds, celle dans laquelle il devait se distinguer. Il commença par porter la balle du colporteur, et finit, à force d'intelligence, de travail, d'ordre et de persévérance, par fonder une maison de librairie des plus honorables de la province, et dont l'agrandissement exigea même une succursale à Paris.

Les difficultés que rencontra M. Lagier, furent d'autant plus grandes, qu'il exploita simultanément tous les genres de librairie. Le nombre de ses publications est considérable, et pour en faire apprécier l'importance, il nous suffira de citer les ouvrages du célèbre jurisconsulte *Proudhon*, de *Curasson*, de *Dumay*, de Chabot de l'Allier et Belost Jolimont dans la jurisprudence; de Jean Couturier, de monseigneur le cardinal Morlot, de madame la marquise d'Andelarre, de l'abbé Lacoste, de monseigneur Doney, évêque de Montauban, dans la piété; de MM. Frantin aîné, Peignot et Courtépé dans l'histoire et la philologie.

Un grand éloge à lui décerner, bien rarement mérité en librairie, c'est qu'il n'a pour ainsi dire échoué dans aucune de ses opérations, et que sa persévérance intelligente finissait par tirer parti des plus hasardées. C'est dire qu'il possédait à un rare degré le tact et le discernement nécessaires pour juger l'opportunité d'une entreprise et les auteurs dont il devait choisir le concours.

Ajoutons en terminant que la prospérité ne changea rien à la simplicité des goûts et des habitudes de M. Lagier. Il se souvint toujours d'avoir été pauvre et aux prises avec l'adversité; ce souvenir ne fut jamais stérile pour ceux qui ont eu besoin d'invoquer son crédit et son secours.

CHRONIQUE.

SUJETS DE PRIX PROPOSÉS PAR L'ACADÉMIE POUR L'ANNÉE 1859.

La section de politique, administration, finances, propose le sujet de prix suivant :

« *De l'impôt avant et depuis* 1789. »

Les mémoires devront être déposés au secrétariat de l'Institut le 1er novembre 1858, *terme de rigueur*.

Dans la section de législation, droit public et jurisprudence, le sujet de prix proposé est le suivant :

« Rechercher, au point de vue philosophique et moral, quelle » est, d'après leur nature et leur mode d'infliction, l'influence » des peines sur les idées, les sentiments, les habitudes de ceux » à qui elles sont infligées, et sur la moralité des populations. »

Programme.

« A cet effet, les concurrents devront comparer l'influence des peines édictées par notre législation actuelle avec l'influence qu'ont exercée les lois pénales en vigueur parmi nous dans le dernier siècle, ou qu'exercent ailleurs les législations des autres États, et déterminer quelles sont les peines qui, par leur nature, leur mode d'infliction et la forme du jugement, préservent le mieux la société. »

Le prix est de la valeur de 2,500 francs.

Les mémoires devront être déposés au secrétariat de l'Institut avant le 1er octobre 1858, *terme de rigueur*.

Section d'histoire générale et de philosophie.

L'Académie rappelle qu'elle a proposé, pour l'année 1858, le sujet de prix suivant :

« Rechercher quel a été le caractère politique de l'institution » des parlements en France, depuis le règne de Philippe le Bel » jusqu'à la révolution de 1789. »

Les mémoires devront être déposés au secrétariat de l'Institut le 31 décembre 1857, *terme de rigueur*.

EXAMEN DOCTRINAL

D'un arrêt de la Cour de cassation.

Par M. Coin-Delisle, avocat à la Cour impériale de Paris.

SOMMAIRE.

1. Si l'enfant du second lit du donateur révoque les donations par lui faites en mariage à sa première épouse morte sans enfants. — Arrêt.
2. Il y a encore de bons esprits qui luttent contre la doctrine de l'arrêt.
3. Il faut appliquer la loi à la lettre, comme loi exceptionnelle, et comme opposée à certains principes importants du droit naturel.
4. Les articles 960 et suivants sont des lois arbitraires, et pourquoi les lois arbitraires doivent être renfermées dans leur texte.
5. Les articles 39 et suivants de l'ordonnance de 1731 sont une transaction législative sur les questions controversées auparavant. — Leur esprit.
6. Question générale sous cette ordonnance quant aux donations faites par contrat de mariage.
7. Question spéciale : Si l'ordonnance et le Code, en exceptant de la révocation les donations faites en faveur de mariage par les conjoints l'un à l'autre, ont entendu parler seulement des enfants communs aux deux époux, ou des enfants à naître d'un mariage quelconque.
8. Que cette question était controversée avant l'ordonnance. — Opinion de *Dumoulin* contraire à l'arrêt, et réfutation.
9. L'ordonnance a voulu régler cette question.
10. Causes de l'opinion contraire sous le Code, due à l'estime qui s'est attachée aux travaux de Furgole. — M. Poncelet a écrit la vie de cet auteur de manière à donner à ses travaux sur les donations une autorité presque officielle.
11. On ne peut invoquer les autres auteurs depuis l'ordonnance, que par induction des mots *enfants communs;* et cette induction pourrait être trompeuse. — Raison de l'ordonnance, le besoin de limiter respectivement la faveur des révocations et la faveur des mariages.
12. Quand on supposerait que la pratique antérieure à 1789 aurait adopté l'opinion de Furgole, on aurait dû légalement la rejeter!
13. Elle a été repoussée par arrêt du 29 messidor an XI, sur les conclusions formelles de M. Merlin.
14. L'opinion de Furgole n'est pas conforme à l'esprit de la loi.
15. Elle n'est pas conforme à l'esprit général de l'ordonnance. — Preuves.
16. Ni à l'esprit particulier de l'article 39. — Preuves.
17. Elle ne serait pas plus conforme à l'esprit du Code Napoléon. — Preuves et solution.
18. Source de l'erreur contraire dans la maxime « que la révocation est établie *dans l'intérêt des enfants.* »
19. Cette maxime est vraie en philosophie et en morale.
20. On ne doit pas l'admettre en droit, et pourquoi?

21. Opinion absolue de Furgole, et confirmation de sa justesse par les effets de la loi.
22. Explication d'un passage de Ricard qu'on cite pour appuyer la maxime.
23. Les discours des orateurs du gouvernement dans la discussion sont insuffisants à fonder l'opinion nouvelle.
24. Opinions successives des auteurs sur la maxime. — Furgole. — M. Grenier. — M. Bayle-Mouillard. — MM. Aubry et Rau. — Les adoucissements apportés au langage de Furgole amènent les traducteurs de Zachariæ à faire de l'intérêt de l'enfant une proposition de doctrine.
25. Arrêt de cassation qui décide nettement que la révocation se fait dans l'intérêt du donateur, et la réduction dans l'intérêt des enfants.
26. Arrêt de rejet, qui porte sans nécessité que la révocation pour survenance d'enfants *est spécialement établie dans l'intérêt des enfants.* — Dans l'action intentée par l'enfant, héritier de son père, en nullité d'une donation, ses conseils avaient omis d'invoquer l'article 965.
27. Arrêt de Montpellier qui, avec moins de nécessité encore, porte qu'une demande semblable formée par le père, l'a été *dans* l'intérêt de l'enfant à qui on ne peut opposer ni fin de non-recevoir ni faits personnels au père, quoique l'enfant ne fût pas en cause, et que les articles 963, 964 et 965 fussent applicables à l'espèce.
28. Textes sur lesquels s'établit la doctrine contraire.
29. Conséquences des textes.
30. Conclusion.

1. — (Rejet, chambre civile, 11 mai 1857, *Dev.* et *Car.*, 57, 1, 529; *Dal.*, 57, 1, 215.) — Cet arrêt juge que les donations *de biens présents* d'un conjoint à l'autre *faites en contrat de mariage* sont tellement à l'abri de la révocation par survenance d'enfants au donateur, que, si la femme donataire est prédécédée sans postérité, le donateur ne pourra pas se prévaloir de la survenance d'un enfant légitime né d'un second mariage pour révoquer la donation dont l'effet a passé irrévocablement aux héritiers collatéraux de sa première femme, *sauf bien entendu le droit de réduction, s'il y a lieu, pour la réserve des enfants du second lit.*

C'est l'application textuelle (exacte ou sévère, comme on le voudra) de ces mots de l'article 960 du Code Napoléon : « Même » celles qui auraient été faites *en faveur du mariage* par autres » que.... par les conjoints l'un a l'autre. » Ces mots empruntés à l'article 39 de l'ordonnance de 1731 signifient bien (au moins dans le sens grammatical) que jamais la survenance d'enfants légitimes au donateur ne révoquera aucune donation qu'un époux aura faite à l'autre en contrat de mariage; et, par conséquent, que la survenance d'enfants d'un second mariage n'aura

pas plus de force révocatoire que la survenance d'un enfant commun au donateur et à la donataire.

2. Bon nombre d'excellents esprits luttent encore contre cette vérité légale, et je conçois leurs scrupules. La survenance d'enfants leur paraît tellement dirimante du lien de la donation, et le législateur a tellement favorisé ce genre de révocation, qu'ils regardent toute exception comme une tache au système, et que ne pouvant pas nier que la naissance d'enfants communs laisse subsister la donation, ils limitent le sens de l'litise exceptionnelle aux enfants nés du mariage en contemplation duquel a été faite la disposition, et refusent de l'étendre au cas d'enfants issus de mariages postérieurs.

3. Néanmoins, il faut s'en tenir au sens grammatical qui, par cela même qu'il promet irrévocabilité à la donation par contrat de mariage faite entre conjoints dans le cas de survenance d'enfants au donateur, sans distinguer de quel mariage, met nécessairement cette donation hors d'atteinte de tout enfant légitime à survenir pendant toute la vie du donateur, même d'un second ou troisième mariage.

En effet, la loi sur la révocation des donations par survenance d'enfants est plutôt fondée sur *un sentiment de la nature* que sur *le droit naturel*. Le droit naturel a des maximes générales qui servent de bases à notre droit civil : 1° le maintien des conventions; 2° la transmission des droits aux héritiers du propriétaire; 3° enfin le principe que nous ne pouvons perdre la propriété de nos biens que par notre fait ou notre volonté. La révocation par survenance d'enfants vient lutter contre ces trois principes généraux du droit naturel, des conventions civiles et du droit de propriété. Elle peut, en fait, porter la perturbation dans la fortune du donataire dans un temps inattendu. Donc, la révocation par survenance d'enfants est en soi une loi purement civile fondée sur une fiction du législateur : loi sage, éminemment protectrice de la famille; mais en même temps contraire au droit naturel et aux principes civils de la libre circulation des biens. C'est donc une loi exceptionnelle. Donc, si cette même loi vient à limiter l'exception au droit naturel qu'elle a cru sage d'introduire, la limitation contenue dans ces mots : « *par autres* » *que par les conjoints l'un à l'autre en faveur de mariage*, » devra être entendue dans toute la latitude qu'en peuvent comporter les termes, c'est-à-dire de tout enfant légitime survenu

au donateur, aussi bien du second mariage que du premier, parce que cette limitation est un retour au droit naturel et au droit commun, et, par conséquent, favorable en ce qu'elle rétablit l'immutabilité des conventions matrimoniales et des donations, et la liberté des biens dont l'exception principale entravait la circulation aux mains des propriétaires. Donc, on doit au moins appliquer littéralement la loi.

4. Que l'on mette au rang des lois naturelles le devoir des pères de conserver une partie de leurs biens à leurs enfants, et qu'une loi arbitraire, pour mettre d'accord cette règle avec la loi immuable qui prescrit le respect des conventions, fondement sacré de la société, établisse, règle la légitime et même la réserve des biens et la réduction des donations, on ne peut voir là que la prévoyance du législateur pour régler par son autorité le conflit de deux lois naturelles qui se combattent. (Domat, *Traité des lois, ch.* 9, *n°* 7.)

Mais que les donations librement faites (même sagement faites) par un homme maître de ses droits, qui n'a pas d'enfants, soient, non pas réduites à la légitime, mais révoquées par survenance d'enfants; qu'elles le soient, non pas dans l'intérêt des enfants, mais dans l'intérêt du donateur lui-même, de plein droit, sans demande aucune, quoiqu'il ait donné depuis trente ans et plus, et qu'il puisse dissiper indiscrètement les biens ainsi révoqués, c'est certainement là une loi purement arbitraire de sa nature. Si c'est une loi purement arbitraire, elle doit subir entièrement les limites arbitraires que le législateur lui a imposées par les termes de la loi qu'il a publiée.

Non pas que par là j'en veuille nier la sagesse et l'autorité. Elle est nécessaire, elle est écrite. Dès qu'elle est écrite, elle est nécessairement connue par le donataire au temps de la donation, elle est devenue une des conditions inhérentes à la donation elle-même, et c'est au donataire à ne se considérer que comme usufruitier tant que dure le danger de la révocation. Je dis seulement que l'établissement de la loi est arbitraire, et que dès lors on doit l'appliquer exactement comme elle est écrite, et sans examiner si elle est ou non conforme à l'équité naturelle. Au législateur seul il appartient de régler déterminément la mesure donnée à l'esprit de famille, et la mesure donnée à l'utilité sociale.

5. Tels sont les principes généraux d'application des lois arbi-

traires. Il y a de plus des raisons spéciales pour s'en tenir aux textes et ne pas les étendre ou les resserrer suivant l'équité particulière dans l'application des articles 39 et suivants de l'ordonnance de 1731 et des articles 960 et suivants du Code Napoléon, modelés sur l'ordonnance. C'est que l'ordonnance était une loi de transaction pour décider les nombreuses difficultés naissant de la loi *si unquam* et des diversités de doctrine et de jurisprudence que la loi *si unquam* avait fait naître, et je ne regrette pas d'avoir écrit en 1841 : « L'esprit des articles 960 et suivants de notre Code, comme des articles 39 et suivants de l'ordonnance, c'est une volonté de détails qui fixe invariablement les cas de révocation et refuse d'en admettre d'autres; c'est de réglementer le *principe* général et d'empêcher de l'étendre ou de le restreindre; c'est de mettre la loi à la place des conjectures. Il ne faut donc pas en cette matière interroger indiscrètement la volonté du législateur, *sous prétexte* de la faveur accordée à cette révocation. ALLER AU DELA DES TEXTES, ce serait détruire une convention hors des cas que la loi autorise. » (*Donations et testaments*, *p.* 298.)

6. Or, avant l'ordonnance, une des questions qui s'étaient élevées sur la loi *si unquam* était de savoir si la survenance d'enfants devait produire la révocation, quand la donation était faite par le contrat de mariage : question générale qui se divisait en plusieurs autres, selon que la donation était faite par un tiers aux époux ou à l'un d'eux, par l'un des époux à un tiers, ou par l'un des époux à l'autre.

Ici se trouvaient en conflit *la faveur* due à la survenance d'enfants et *la faveur* due aux contrats de mariage où l'on pouvait faire une foule de conventions utiles aux familles, même contre les règles ordinaires des contrats. Aussi beaucoup de jurisconsultes tenaient-ils pour règle générale que *toute donation faite en contrat de mariage* était irrévocable même pour survenance d'enfants; — et il y avait même une coutume où la faveur du mariage l'avait emporté pour toute donation faite aux époux par un étranger ou par des parents, la coutume d'Auvergne, tit. 14, art. 33 : « Donations et autres dispositions entre-vifs pures et irrévocables faites en contrat de mariage et faveur des mariés ne sont révocables, posé qu'il y ait après enfants du disposant, si n'est quant au droict de légitime. »

Donc, l'ordonnance de 1731 a eu à examiner et à résoudre la

question générale de savoir si les donations faites par contrat de mariage étaient révoquées par survenance d'enfants..... et elle l'a résolue affirmativement, sauf deux distinctions, dont une seule nous occupe aujourd'hui : « Même celles qui auraient été faites en faveur du mariage *par autres* que par les ascendants aux conjoints, ou *par les conjoints l'un à l'autre*[1]. » — Dorénavant les donations en faveur de mariage aux conjoints ou à l'un d'eux par un étranger, ou les donations faites par les conjoints ou l'un d'eux à un tiers en leur contrat de mariage, même celles qu'ils feraient à l'étranger, parent ou ascendant qui les dotent, sont révoquées par la survenance d'enfants au donateur. Ceci est une vérité irréfragable, et l'ordonnance a abrogé toute jurisprudence et toute coutume contraire.

7. En exceptant de la révocation par survenance d'enfants les donations faites en faveur du mariage *par les conjoints l'un à l'autre*, l'article 39 de la première loi, l'article 960 de la seconde, ont-ils entendu parler seulement des enfants communs aux deux époux? Ont-ils entendu parler de tout enfant légitime qui naîtrait au donateur, soit pendant le mariage en contemplation duquel est faite la donation, soit d'un second lit, si l'époux donataire vient à prédécéder?

8. Outre que le sens grammatical est que la donation ne sera pas révoquée s'il survient à l'époux donateur un enfant d'un mariage quelconque, la question s'était élevée avant l'ordonnance. Dumoulin l'avait épuisée dans son célèbre traité *De donationibus factis vel confirmatis in contractu matrimonii* qui se trouve à la page 512 du tome III de l'édition de Brodeau; traité qu'il avait composé pour l'instruction de son procès contre Ferri Dumoulin, son frère, et préparer les esprits. « En deux mots, dit-il, » je distingue entre les enfants communs, nés du mariage du do- » nateur et de la femme donataire, et les enfants issus du second » mariage du donateur, et je décide que les premiers n'ont nul

[1] Je demande pardon au lecteur d'avoir cité ici le texte du Code plutôt que celui de l'ordonnance, lequel est moins clair. L'ordonnance porte : « même celles qui auront été faites en faveur de mariage par autres *que par* » *les conjoints ou les ascendants.* » Tous les jurisconsultes sont d'accord que c'est le même sens, sauf la faculté par les conjoints, sous les anciens principes, de donner irrévocablement tels ou tels biens à *tel* des enfants à naître du mariage, ce qui n'existe plus dans notre droit. J'ai donc cru pouvoir remplacer ici le texte de l'ancienne loi par le texte de la nouvelle, pour éviter toute confusion d'idées.

» besoin de ce secours du droit, et que la loi *si unquam* n'est pas » faite pour eux ; mais qu'au contraire elle est utile aux seconds » (n° 5). » Et pour soutenir son opinion (n° 22 *ad* 25), il s'appuie, non sur des arrêts du Parlement, mais sur une consultation par lui délibérée dans une autre affaire avec de savants confrères. Les raisons de douter étaient « que la donation avait été faite à la première femme alors future épouse, pour être et demeurer propre à elle et à ses héritiers de côté et ligne et à ses ayants cause ; que la faveur de la cause attachée aux pactes matrimoniaux devait l'emporter, et enfin que, d'après la nature de l'acte, le donateur avait dû penser à sa postérité et n'en avait pas moins fait cette donation ; ce qui ne le plaçait pas dans le cas d'imprévoyance qu'on regardait comme le fondement de la loi *si unquam.* » Cependant ses doctes confrères adhérèrent à son avis, et dirent qu'il y avait lieu à la loi *si unquam,* « parce que dans l'espèce il ne s'agissait pas d'une vraie donation à cause de noces proportionnée à la dot, mais d'une donation de presque tous les immeubles du mari ; que dès lors, et à cause de l'immensité de la donation, la première épouse et ses parents avaient dû penser que la loi *si unquam* était sous-entendue dans le contrat de mariage, et qu'en conséquence ils ne pouvaient pas se plaindre d'avoir été trompés ; qu'enfin s'il était vrai que celui qui contracte mariage donne avec l'espoir d'avoir des enfants, il est également vrai qu'il contracte, non dans l'espoir d'une lignée quelconque, mais dans l'espoir d'une lignée du mariage qu'il va contracter ; qu'ainsi donc si le premier mariage est stérile, et qu'après sa dissolution le donateur ait des enfants d'une seconde femme, tant s'en faudra que sa première prévision de postérité empêche la révocation, qu'au contraire cette fausse prévision démentie par l'événement sera de nature à produire une cause de révocation plus puissante encore que celle de la loi *si unquam,* »

Mais, dans tout ce passage, Dumoulin est certes plus dialecticien que logicien. La première partie de son opinion ruine la seconde : il convenait que les héritiers de la femme avaient droit de profiter, même en présence d'enfants d'un second lit, des donations équivalentes à la dot, et de celles qui n'auraient pas dépassé la mesure d'usage des gains et avantages matrimoniaux : il convenait donc que les donations faites en mariage entre conjoints avaient plus d'efficace que les autres ; il n'osait

donc pas avancer que les enfants du second lit révoquassent dans tous les cas. Quant à la dernière partie de son raisonnement, elle était plus brillante que solide. La loi *si unquam* était faite pour venir au secours du donateur qui n'avait point songé qu'il pût avoir un jour une postérité. Cette révocation était donc une sorte de rescision fondée sur ce que le donateur, dominé par le plaisir de donner, oubliait qu'il pouvait devenir père. Dès qu'il était certain que son propre mariage avertissait le donateur de penser aux enfants et de pourvoir aux cas où il en aurait, comme au cas où il n'en aurait pas; dès que la législation d'alors, comme celle d'aujourd'hui (art. 921), lui permettait de stipuler le droit de retour en cas de décès de sa femme donataire sans enfants, il y avait subtilité à dire que le décès de sa première femme, ou que la perte des enfants du premier lit enfantaient à son profit *une nouvelle cause* de révocation. Quelque étendue que fût sa donation, il ne l'avait pas faite sans prévision de postérité, *sponsus sponsæ donaturus de liberis necessariò cogitaverat;* et comme c'était le défaut général de prévision qui fondait la rescision spéciale du contrat, le contrat de donation devait demeurer debout, quelque événement qui advînt après la dissolution du mariage, car, puisqu'il avait fallu une loi (la loi *si unquam*) créant une cause de rescision pour relever le donateur de l'obligation prise dans la donation, si, au temps du contrat, le donateur n'avait pas pensé qu'il pût avoir des enfants, *si de liberis non cogitavisset,* il aurait donc fallu encore une autre loi pour le relever de son engagement après un mariage stérile, puisque, lors de ce premier mariage et de la donation qui l'accompagnait, *de liberis cogitaverat,* il avait nécessairement pensé aux suites naturelles que ce mariage pouvait produire. Or, cette seconde loi n'existe pas.

9. Quoi qu'il en soit de l'opinion de Dumoulin, elle était connue de tous; elle l'était certes de d'Aguesseau, rédacteur de l'ordonnance. C'était là une difficulté régnante à l'époque de l'ordonnance; donc, c'était une difficulté à régler par elle. Si l'ordonnance a dit en termes généraux que la survenance d'un enfant légitime au donateur ne révoquerait pas les donations d'un conjoint à l'autre faites par contrat de mariage, c'est que le législateur n'a pas voulu que ces donations fussent révoquées, soit par la survenance d'un enfant commun, soit par la survenance d'un enfant issu d'un second mariage du donateur : c'est que,

par la transaction que faisait le législateur dans le conflit des opinions diverses sur les donations faites en contrat de mariage, il a, d'un côté, préféré la révocation à la stabilité des conventions matrimoniales quand la donation était faite par un étranger ou par un parent autre qu'un ascendant; et que d'un autre côté, quand la donation en contrat de mariage était faite par les ascendants aux conjoints ou par les conjoints l'un à l'autre, il a préféré, pour ces deux cas spéciaux, la stabilité des conventions matrimoniales et les pactes entre les deux familles à une révocation nécessairement tardive, inattendue et de nature à détruire des droits acquis sans fraude par le contrat le plus saint et par la perte prématurée de l'époux qui formait le lien des deux familles.

Le législateur avait le pouvoir de faire cette transaction législative. L'opinion antérieure de Dumoulin ne peut donc plus être invoquée.

Et pourtant elle l'est encore après plus de trois cents ans.

10. Ce qui a induit dans la même opinion M. Grenier (*Donations, n°* 199), M. Delvincourt (*t. II, note* 7, *sur la page* 80), MM. Dalloz et leurs collaborateurs (*t. VII, du premier Recueil alphabétique, p.* 392, *n°* 7; *t. XVI de leur nouveau Répertoire, p.* 584, *n°* 1883; *D. P.*, 55, 2, 344 *et* 57, 1, 215) et MM. Massé et Vergé (*sur Zachariæ, p.* 241, *t. III*), c'est que Furgole a perpétué la doctrine de Dumoulin dans le n° 6 de sa *Question* 49e où il parle des *enfants communs* et dans son *Commentaire* sur l'article 39 de l'ordonnance, où il développe sa pensée; et que les circonstances dans lesquelles il a publié son *Commentaire* de l'ordonnance de 1731 et ses *Questions sur la matière des donations* ont donné à ces ouvrages une autorité contemporaine à laquelle on a dû quelquefois accorder trop d'importance.

Quelques années avant l'ordonnance des donations, le chancelier d'Aguesseau avait posé aux premiers présidents des divers parlements des questions sur l'état de la jurisprudence de leur ressort en ces matières; il les invitait à faire faire par MM. les conseillers des mémoires sur les raisons qui devaient plutôt faire admettre une jurisprudence que l'autre. M. D'Apse, président à mortier du parlement de Toulouse, qui était en 1729 à la tête de la compagnie par l'absence de M. le Premier, jeta les yeux sur un savant et célèbre avocat de Toulouse, sur Furgole, pour traiter ces questions. Cet avocat en ajouta d'autres, dit-on,

et de là est né le recueil intitulé *Questions sur la matière des donations*, qui ne fut pas alors imprimé. C'était une suite de cinquante questions principales que Furgole fait toujours précéder d'une exposition de principes et de la solution des difficultés particulières qui entraveraient la solution de la difficulté principale : de sorte que cet ouvrage a été écrit avant l'ordonnance, et que, soit qu'il fût alors entier ou fait seulement pour partie, il a été livré par lui au parlement pour fournir les mémoires demandés par la Chancellerie. Les magistrats firent connaître au chancelier quel en était l'auteur. L'ordonnance parut en février 1731. Les magistrats de Toulouse invitèrent Furgole à faire sur cette ordonnance un commentaire surtout pour bien distinguer les innovations que l'ordonnance, applicable à toute la France coutumière et de droit écrit, avait pu apporter soit au droit romain sur lequel cette matière était principalement fondée, soit à la jurisprudence particulière de la Cour. Le chancelier encouragea même l'auteur à ce travail [1] entrepris sur les instances de quelques magistrats. Deux ans après, en 1733, parurent le *Commentaire* écrit depuis la publication de la loi nouvelle, et les *Questions* qui avaient été écrites auparavant, mais auxquelles l'auteur eut le soin de faire quelques renvois à la nouvelle législation. L'ouvrage fut envoyé au chancelier qui remercia l'auteur par une lettre du 11 juin 1733 [2], et l'on assure que depuis

[1] M. Poncelet a été trop loin dans l'article FURGOLE qu'il a fourni à la *Biographie-Michaud*, en disant : « Lorsqu'en 1731 l'ordonnance sur les donations a été rendue, Furgole FUT INVITÉ par le chancelier d'Aguesseau à rédiger un commentaire par forme d'observations sur les principales difficultés » que pouvait faire naître son application. » C'était là donner au commentaire une autorité quasi-officielle, et supposer que le chef de la justice avait choisi ce jurisconsulte pour l'interprète de la loi qu'il avait élaborée. Pour moi, j'ai cru devoir m'en tenir au récit du libraire dans l'édition de 1775. On peut, sans danger pour la vérité, ne pas dépasser ce que dit un éditeur sur les circonstances favorables au livre qu'il publie.

[2] Tout honorable que soit cette lettre, elle n'est pas une approbation des doctrines contenues dans l'ouvrage; elle n'est qu'une lettre de remerciments et d'éloges pour la personne de l'auteur. La voici : « J'ai reçu l'ouvrage que » vous m'avez envoyé, Monsieur, *et je n'ai pu le parcourir encore que très-» légèrement;* mais *le peu que j'en ai vu* m'a inspiré le désir de le lire attentivement, et je profiterai du premier moment de loisir que j'aurai pour » faire une lecture *qui me donnera lieu* de mieux connaître votre grande capacité et la netteté de votre esprit. Vous jugez bien, d'après cela, que je » recevrai avec plaisir les difficultés que vous pourrez me proposer; et comme » je ne désire que le bien public dans le travail dont vous avez fait l'objet de

M. Furgole fut toujours honoré d'une correspondance suivie avec M. d'Aguesseau.

On comprend dès lors quelle autorité de créance s'attacha aux deux ouvrages, ou pour mieux dire aux deux parties de l'ouvrage — *Commentaire* et *Questions*, — qui parut après l'ordonnance. La question 49e parlait des *enfants communs*; le Commentaire a ressuscité, sur les mots *par autres que par les conjoints* de l'article 39, la doctrine de Dumoulin sur la révocation par les enfants d'un second lit. — Il n'est donc pas étonnant que sous l'influence de la doctrine de Dumoulin, antérieure à l'ordonnance, et de l'autorité de Furgole, qui fit suivre l'ordonnance de deux ouvrages spéciaux, les autres jurisconsultes aient reproduit les mots *enfants communs* (sans qu'ils aient autrement examiné le cas d'enfants d'un mariage postérieur).

11. Car je ne connais pas (sauf le passage de Furgole) de lieu où l'on ait précisément traité la question de révocation par la naissance d'un enfant du second lit survenu au donateur, les biens de la première donation en contrat de mariage ayant passé à l'héritier de sa première femme. Si l'on invoque *Pothier* en faveur de cette opinion, ce n'est que par une induction tirée de ce qu'il a dit (*Donations entre-vifs*, sect. 3, art. 2, § 1, p. 141, in-12). « Il est comme indifférent aux enfants de trouver les » biens donnés dans la succession du donateur ou dans celle du » donataire, qui sont également intéressés à les leur conserver, » raison qui n'est applicable qu'aux enfants communs. Si l'on invoque en faveur de l'enfant du second lit l'autorité de *Prévôt de la Jannès* (*Principes de jurisprudence*, t. II, p. 198), c'est par une induction semblable, et parce qu'il a dit « ne serait point révoquée par la naissance *d'un enfant commun.* » On peut tirer la même induction de ce que dit *Sallé* dans l'*Esprit des ordonnances*, p. 95 de l'édition de 1771 : « les enfants doivent tôt ou » tard retrouver le fonds de ces libéralités dans la masse des » successions de leur père et mère. » *Boucher d'Argis* s'est servi des mêmes termes, en 1778, au mot *Donation* de la première édition du *Répertoire* de *Guyot*, et ils se retrouvent par conséquent au *Répertoire* de Merlin, mot *Donation*, *sect.* 7,

» votre application, rien ne peut m'être plus agréable que de profiter des lu- » mières des plus habiles jurisconsultes pour le porter, s'il est possible, à sa » plus grande perfection. Je suis, avec toute l'estime due à vos talents et à » votre savoir, monsieur, votre affectionné à vous servir. D'AGUESSEAU. »

n° 2, p. 173 de la dernière édition. *Delaporte* a tenu le même langage à l'apparition du Code civil, 1805, *Pandectes françaises, t. VIII, p.* 459. Aussi M. Merlin a-t-il dit (*au lieu ci-dessus cité*) sur le passage de Sallé copié par Boucher d'Argis : « De cette dernière raison, *si elle était déterminante par elle-* » *même*, il résulterait que la donation entre-vifs qu'un mari a » faite à sa femme par leur contrat de mariage, de tous les » biens qu'il avait alors, devrait être révoquée par la survenance » d'un enfant que le donateur devenu veuf a eu d'un mariage » postérieur. » Cependant M. Merlin a requis et fait juger le contraire par la Cour de cassation, le 29 messidor an XI.

De là, que résulterait-il? — Il en résulterait que par un sentiment naturel les auteurs penchaient généralement vers l'opinion que MM. Grenier, Delvincourt et Dalloz ont professée depuis, et que, dans l'espèce récemment jugée par la Cour de cassation, le tribunal civil de Savenay a renouvelée. Il en résulterait encore que MM. Grenier, Delvincourt et Dalloz avaient pour leur opinion bien plus d'autorités qu'ils n'en comptaient. Cependant cette conséquence pourrait bien être plus apparente que certaine : si Pothier (*au lieu cité*) donne la demi-raison que je viens de signaler, n'est-ce pas parce que l'ordonnance portait « par les conjoints, » sans ajouter « l'un à l'autre, » que Pothier reconnaissait compléter le sens de la loi? Et n'a-t-il pas voulu exclure par là de la non-révocation par survenance d'enfants les donations que le futur époux ferait dans son propre contrat de mariage aux enfants d'une veuve qu'il épouserait? Le lecteur en jugera en relisant le passage de Pothier. Si les autres auteurs ont parlé *d'enfants communs*, ne serait-ce pas énonciativement seulement, parce que c'est le cas le plus commun, et que l'autre espèce ne s'est pas présentée à eux? Bourjon lui-même, que j'ai cité dans ma première dissertation (*Donations et testaments*, p. 511), pour combattre l'opinion de M. Grenier, se sert, comme les autres, des termes « *enfants communs*, » tant était puissante l'habitude de sous-entendre ces mots dans l'ordonnance! tant il était loin de penser aux enfants qui pouvaient naître d'un second mariage du donateur!.... Pourquoi donc, me dira-t-on, avez-vous cité Bourjon? Je l'ai cité, parce qu'à la raison incomplète que les autres auteurs ont donnée de la loi, il en ajoutait une plus puissante : « La faveur des ma- » riages et *l'avantage public qu'il y a à les faciliter* a conduit

» à cette disposition de l'ordonnance PLUS QUE les principes ca-
» pitaux de la révocation » (*Droit commun de la France, tit.* 4, *des Donations*, 6e *part.*, *ch.* 2, *sect.* 3, *n*° 13); et qui s'applique à la non-révocation par survenance d'enfants tant du premier que du second lit du donateur.

En effet, en supposant qu'il soit permis, pour juger, de rechercher la raison d'être d'une loi positive et arbitraire de pur droit civil, on ne peut expliquer la disposition de l'ordonnance et celle du Code que par le besoin de limiter tour à tour la faveur des contrats de mariage par la faveur de la révocation, et la faveur des révocations par celle des mariages[1]. Voilà pourquoi j'ai cité Bourjon, quoiqu'il n'ait parlé que des *enfants communs*.

12. J'ai fait d'inutiles recherches pour découvrir des arrêts de parlement sur la question spéciale que présentait l'ordonnance dans l'intervalle de 1731 à 1790; mais hypothétiquement, j'irai jusqu'à supposer que, dans la pratique, l'opinion était la même que celle des auteurs qui doutent encore, parce que 1731 n'est séparé de la révolution française que d'une cinquantaine d'années, et que le langage des auteurs qui ont écrit dans les vingt premières années, en ne parlant que des *enfants communs*, a contribué à maintenir l'opinion de Dumoulin et de Furgole.

Je supposerai encore que les difficultés élevées dans les liquidations devant notaires ont longtemps porté sur des contrats de mariage antérieurs à 1731, qui, par conséquent, pouvaient être jugés selon l'ancienne jurisprudence et conformément à l'opinion de Dumoulin, sans violer la loi nouvelle. Voyez, pour que cette question se soit présentée en Parlement sur la loi de 1731 avant la nouvelle organisation judiciaire, quel concours de circonstances nécessaires? Un contrat de mariage postérieur à 1731, la mort d'un époux, donataire, sans laisser de postérité après une durée plus ou moins longue du mariage; une seconde union dans la vieillesse du mari devenu veuf, la naissance d'un en-

[1] Et c'est ainsi que l'ont expliquée l'arrêt de la Cour impériale de Rennes, du 5 décembre 1854, et l'arrêt de la Cour de cassation, du 11 mai 1857. Dans ses motifs secondaires, et après l'énonciation du principe, « qu'il n'est pas permis aux tribunaux de créer une telle distinction lorsqu'elle n'est pas écrite dans la loi, » la Cour de cassation ajoute : « *La faveur* due aux stipulations » du contrat de mariage, considérées comme conditions générales d'une » union qui, sans elles, aurait pu avoir lieu, *défend d'admettre* qu'aucun » fait postérieur puisse y porter atteinte, *à moins d'une disposition expresse* » *de la loi*. »

fant, et, en outre, des parties n'entendant pas assez leur intérêt pour transiger sur une question neuve et ardue. J'admettrai donc que la pratique a pu, faute d'occasions, vivre longtemps sur les anciens errements posés par Dumoulin et renouvelés par Furgole, et même que les légistes ont dû longtemps céder devant ces imposantes autorités. Ce ne serait pourtant pas là une raison pour adopter la solution de Furgole, quand la question viendrait à se présenter devant les tribunaux.

13. Enfin elle s'est présentée en l'an X, avant la promulgation du Code civil.

Girault, vieillard de soixante-douze ans, veuf et sans enfants, avait épousé en l'an II la veuve Guignard, âgée de cinquante ans, et avait fait à sa femme par contrat de mariage donation entre-vifs et irrévocable en pleine propriété, de tout ce que les lois nouvelles l'autorisaient à lui donner, s'en réservant l'usufruit seulement, si sa femme mourait avant lui. — Elle mourut la première au bout de trois ans, sans enfants du mariage, mais en laissant deux filles nées de son premier mariage avec le sieur Guignard, les dames Delorme et Durandeau.

Girault, à soixante-dix-neuf ans, se marie une troisième fois avec Marie-Charlotte Crossard en pluviôse an IX; — en messidor, il meurt laissant sa femme enceinte; elle accoucha le 8 nivôse an X d'un enfant mâle, qui mourut dix jours après; et comme héritière de son fils elle demanda devant le tribunal de Montmorillon, contre les dames Delorme et Durandeau, que la donation contractuelle faite à leur mère par le feu sieur Girault le 15 prairial an II, fût déclarée révoquée par la naissance de l'enfant qu'elle avait mis au monde le 8 nivôse an X.

Les défenderesses repoussent la demande par l'article 39 de l'ordonnance de 1731. Le tribunal accueille la demande de la veuve Girault, parce que l'exception portée en l'article 39 doit se borner aux enfants du mariage en faveur duquel la donation a été faite.

Sur l'appel porté devant le tribunal de Poitiers, le jugement est infirmé : il ordonne que la donation entre-vifs faite par ledit feu Girault à la veuve Guignard, sa femme, par leur contrat de mariage sera exécutée. Son jugement est du 25 nivôse an XI.

Le tribunal d'appel de Poitiers ne s'arrête pas à l'ordonnance de 1731 qu'il regarde comme abolie par l'article 61 de la loi du 17 nivôse an II; mais il se fonde sur ce que les articles 13 et

14 de la loi de nivôse ne restreignaient les avantages entre époux que dans le cas où l'époux donateur laisserait des enfants du mariage avec la donataire ou d'un mariage précédent, non d'un mariage postérieur à la donation.

La veuve Girault se pourvoit en cassation et soutient que les juges d'appel ont violé, soit ces articles 13 et 14 de la loi du 17 nivôse, soit l'article 39 de l'ordonnance, en ce qu'il devait s'entendre même d'un enfant né d'un mariage postérieur à celui pour lequel s'est faite la donation d'un époux à l'autre.

Son pourvoi fut rejeté par arrêt du 29 messidor an XI, en ces termes briefs : « Attendu que l'article 61 de la loi du 17 ni-» vôse an II n'a point abrogé l'article 39 de l'ordonnance de » 1731, puisque cette loi ne traite pas de la révocation des do-» nations par survenance d'enfants ; — Attendu que cet article » 39 de l'ordonnance de 1731 ne permet pas de révoquer les » donations faites entre époux, *même par survenance d'enfants;* » — Attendu que les articles 13 et 14 de la loi du 17 nivôse ne » réduisent les donations faites entre époux qu'en faveur des » enfants de leur union ou d'un précédent mariage du donateur. »

L'arrêt fut rendu sur les conclusions de M. Merlin, dont je ne dois extraire que ces passages qui justifient la rigueur grammaticale qu'on doit apporter dans l'application des lois civiles arbitraires.

« Sans doute, il est des cas où lorsqu'à côté d'une disposi-» tion conçue en termes généraux, le législateur lui-même a » placé le motif qui la lui a dictée, on peut expliquer la dispo-» sition par le motif, et restreindre l'une aux seuls objets aux-» quels l'autre est applicable.

» Mais quand le législateur a parlé généralement, sans dire » pourquoi, il n'appartient pas aux juges de deviner ce qu'il » n'a pas jugé à propos de leur apprendre, et limiter sa loi au » gré des motifs, plus ou moins plausibles, plus ou moins spé-» cieux qu'il leur plairait de lui prêter; ce serait, de leur part, » un excès de pouvoir que la Cour de cassation serait forcée de » réprimer..... »

14. Que le public ne s'étonne pas des efforts que je fais pour défendre la vraie et la seule manière d'appliquer en matière civile les lois positives et arbitraires; qu'il ne s'étonne pas de mon obstination à dire et répéter que devant un texte clair et compréhensif, le jurisconsulte doit donner au texte tout le sens que

comportent ses termes. Le mal gagne : c'est dans la nouvelle génération de légistes un besoin d'adopter des opinions nouvelles ou du moins de les prôner, ce qui finit par leur ouvrir une entrée! Sans compter le jugement rendu par le tribunal de Savenay dans des termes de satisfaction tels qu'on y proclamait que *le simple sens commun* était suffisant pour repousser les héritiers de l'époux donataire, voilà d'autres hommes d'un mérite et d'une valeur reconnue (MM. Massé et Vergé) qui viennent renouveler la thèse, en répétant en 1857 que *tel est l'esprit de la loi.*

C'est le mot de tous ceux qui résistent à cette partie de l'article 960; c'est le mot de Furgole lui-même, sur l'article 39 de l'ordonnance : « Il me semble, dit-il que, sans blesser *l'esprit* de notre article..... » Eh! si je croyais que ce fût l'esprit de la loi, je n'aurais pas la force de résister !

15. Ce n'est pas l'esprit de l'ordonnance. L'esprit de l'ordonnance est une fixation de la jurisprudence sur tous les points jusqu'alors controversés. « L'objet de la loi (porte le préambule) est » *de prévenir* les procès encore plus que de les terminer, et la route » la plus sûre pour y parvenir est *de faire régner* une telle *con-* » *formité dans les décisions*, que les plaideurs sachent que dans » tous les tribunaux ils trouveront une justice *toujours semblable* » à elle-même par l'observation constante *des mêmes règles.* » — Puis viennent les remontrances de quelques parlements !!!... Que répond le chancelier parlant au nom du Roi? « S. M. a re- » gardé ces remontrances comme peu convenables. « ..... Tout » ce que l'on y expose était dans les mémoires qui ont précédé » la loi et sur lesquels elle a été faite..... S. M. a décidé en par- » faite connaissance de cause; tout est consommé: et après que » la loi a été faite, il est inutile de répéter tout ce qui a été dit » avant qu'elle le fût, et qui n'a pas empêché que le Roi ne se » déterminât à la faire, en préférant, dans toutes les jurispru- » dences également connues et pleinement discutées, celle qui » lui a paru la plus conforme à la règle et la plus avantageuse » à ses sujets. «

Voilà l'esprit général de l'ordonnance: statuer sur les questions qui divisaient les juges. On pouvait dire de cette loi : « Le » roi s'est conduit moins en législateur qu'en juge, puisque Sa » Majesté ne s'est décidée sur aucune question qu'après avoir » entendu tout ce que les différents Parlements du royaume ont » jugé à propos de lui représenter, pour soutenir la jurispru-

» dence qui lui était particulière. » (Lettre du chancelier d'Aguesseau au parlement de Grenoble du 19 mai 1731, t. IX, p. 347.)

16. Voilà son esprit particulier, quant à la question même qui nous occupe sur l'article 39, dans la lettre du Chancelier au parlement de Bordeaux du 25 juin 1731, t. IX, p. 367 : « Le » parti qu'on a pris dans l'article 39 est le plus conforme aux » règles de la justice et de l'équité. — Le *défaut d'enfants* nés » du mariage, en faveur duquel les conjoints se sont fait des » donations, et *la naissance* de ceux qui sont venus *d'un second* » *mariage* NE SONT PAS DES RAISONS SUFFISANTES pour donner » atteinte à une donation qui doit être regardée moins comme » une libéralité que comme une convention ou une condition » essentielle du premier contrat de mariage. — Ce qui tranche » toute difficulté, c'est que votre compagnie est la seule dans » tout le royaume qui ait formé les doutes sur lesquels je viens » de m'expliquer. »

17. Passons maintenant à l'esprit du Code Napoléon sur la même matière. — Il est facile à saisir.

Le Projet rejetait la révocation par survenance d'enfants. L'article 15, lu dans la séance du 19 ventôse an XI, portait : « La » survenance d'enfants n'opérera pas la révocation des dona- » tions, sauf la réduction à la quotité disponible. »

Sur l'observation du consul Cambacérès que cet article est une innovation, on répond que le donataire peut lui-même ne s'être marié que sur la foi de la donation; que les regrets qui peuvent suivre toute espèce d'acte ne sauraient devenir un motif d'annuler les contrats, et que l'intérêt de la propriété doit l'emporter (M. TREILHARD); que la légitime de l'enfant étant très-élevée, c'est lui porter un faible préjudice que de maintenir la donation (M. TRONCHET). — Le consul Cambacérès pense que le donateur doit être censé avoir (à l'instant du contrat) modifié sa libéralité par la condition qu'elle serait nulle s'il devenait père. L'article est rejeté : LE CONSEIL ADOPTE *le droit établi par l'ordonnance de* 1731; et M. Bigot-Préameneu, en présentant la loi au Corps législatif, a nettement tracé le devoir imposé aux juges dans l'application : « La règle de la révocation » des donations par survenance d'enfants a été maintenue telle » que, dans l'ordonnance de 1731, on la trouve expliquée et » dégagée des difficultés qu'elle avait fait naître. »

Je crois donc la question résolue. — Sous le Code Napoléon, la donation en faveur du mariage faite par un époux à l'autre, n'est révoquée ni par la survenance d'enfants du mariage, ni par la survenance d'enfants au donateur nés d'un mariage postérieur.

18. Cependant, quoique la question se trouve ainsi nécessairement résolue, je n'ai pas fait assez peut-être pour éteindre les scrupules et pour déraciner l'erreur. J'oserai essayer d'en extirper la cause.

La cause fondamentale de l'erreur sur cette question et sur plusieurs autres relatives à la survenance d'enfants, est dans cette maxime qu'on se plaît aujourd'hui à reproduire : « *Les lois sur ce genre de révocation sont faites aussi en faveur et dans l'intérêt des enfants.* »

On se sert, pour prouver la maxime, 1° de l'opinion de Ricard, 2° des discours officiels lors de la discussion du Code, 3° des opinions des auteurs qui ont écrit depuis le Code, 4° et des motifs de quelques arrêts.

19. Avant de les rassembler, de les expliquer ou de les combattre sous le rapport *juridique*, je me hâterai de dire que, sous le rapport *philosophique et moral*, le législateur a eu en vue, dans ces lois, l'intérêt des enfants plus que celui des pères, le maintien des biens pour la nouvelle famille plus que pour le donateur, auquel il ne s'intéressait nullement auparavant. Il faut bien que l'intérêt des enfants et le maintien de la famille l'ait emporté sur l'intérêt du donateur, puisque jusqu'au jour de la survenance d'enfants, le législateur ne s'occupe pas de lui et laisse au contrat sa force, et que c'est seulement au jour de cette survenance que le législateur révoque tout d'une manière absolue. Donc, moralement et philosophiquement parlant, c'est le bien des enfants et de la famille qu'a voulu la loi; c'est la naissance des enfants et la sollicitude que doit le législateur aux moyens de les élever, qui sont la cause principale de la loi. Qu'on dise donc *en ce sens* que l'intérêt des enfants est la cause de la loi, j'y souscris, parce que cela est vrai.

20. Mais je ne dois pas ici parler en philosophe ou en moraliste; je dois parler en droit et comme légiste, et me demander qu'entend-on dans la langue du droit quand on dit *qu'une loi a été écrite dans l'intérêt d'une personne.* C'est à ce peu de mots qu'il faut réduire la question, et je réponds qu'on entend par-là que cette personne tient de la loi le droit d'invoquer le texte

pour en réclamer les effets en sa propre qualité, et sans avoir besoin que ce droit lui ait été transmis par succession ou autrement. — Or, il faut nier *qu'en quelque circonstance que ce soit*, les articles 960 et suivants du Code Napoléon donnent action à l'enfant, comme enfant et non comme héritier du donateur, pour exercer l'action personnelle en restitution ou l'action réelle en revendication des biens. Donc, la révocation s'opère en droit DANS L'INTÉRÊT *du père donateur* SEULEMENT, quoique la faveur de la survenance d'enfants ait été la cause déterminante de la loi.

Oui, l'intérêt indirect qu'ont les enfants d'avoir un père riche plutôt qu'un père besogneux et indigent a été l'occasion de la loi *Si unquam*, de l'article 39 de l'ordonnance et de l'article 960 du Code Napoléon; mais l'intérêt direct du père a été l'objet de la loi. Autre chose est la réduction, autre chose la révocation. La réduction est une action propre à l'enfant; la révocation appartient au père, et les enfants la trouvent tout opérée dans sa succession, non pas comme enfants, mais en leur qualité d'héritiers et du chef de leur père. Les frères, les autres parents, si l'enfant était mort avant son père, pourraient revendiquer les biens comme le défunt; le donateur, s'il était sain d'esprit, pourrait, le lendemain de la révocation, vendre les biens rentrés dans son domaine ou pourrait les donner de nouveau sans consulter ses enfants. La loi n'est basée que sur cette vérité morale qu'un homme ne sent pas les devoirs qu'impose l'amour paternel lorsqu'il n'a pas d'enfant au temps de la donation, et, en conséquence, elle rescinde le contrat dès qu'un enfant lui survient. Elle le rescinde au profit du père, en lui permettant de donner de nouveau s'il le trouve bon; elle se fie, à compter de ce jour-là, sur le développement du sentiment paternel, espérant qu'il y puisera une règle de conduite qui rendra ces biens utiles à sa famille : mais elle ne lui impose pas cette règle.

21. Il faut bien que ce soit dans l'intérêt unique du donateur que la révocation s'opère pour survenance d'enfants, puisque toutes les révocations ont pour effet principal de résoudre le contrat et par conséquent de l'anéantir. Furgole a parlé exactement quand il a dit (*Question* 16e, *n*° 9) : « La loi *si unquam* » renferme une condition tacite et légale que si le donateur a » des enfants la donation sera résolue : quand donc la condition » arrive par la naissance d'un enfant, elle détruit et anéantit la » donation, parce que c'est l'effet des conditions d'anéantir ou

» de réduire *ad non causam* les contrats qui en dépendent; et » par conséquent la naissance de l'enfant survenue après la do- » nation LA DÉTRUIT, sans qu'il soit besoin d'autre révocation que » celle de la loi, qui par le mot *revertatur* fait revenir de plein » droit les choses données au pouvoir du donateur. »

La révocation opérée, il n'y a donc plus de donation; les biens sont revenus au point d'où ils sont partis. La donation est effacée; ce qui en avait fait l'objet est rentré dans le domaine du père de famille *in arbitrio ejus et ditione mansurum.*

Si la donation n'avait pas été révoquée de plein droit, les biens donnés seraient entrés plus tard dans la masse des biens pour supputer la réserve des enfants, et peut-être une partie de ces biens aurait-elle subi un retranchement à leur profit, sans que les créanciers du père aient eu rien à opposer aux enfants, héritiers bénéficiaires, et agissant en vertu des lois sur la réserve, créées dans l'intérêt des enfants. Mais la donation est effacée; mais les biens sont redevenus biens du père de famille; mais les créanciers, même postérieurs à la donation, peuvent, le lendemain de la naissance de l'enfant, exercer les droits de leur débiteur et se venger sur ces biens rentrés dans son domaine; mais les créanciers postérieurs à la révocation se feront payer sur ces biens qui sont leur gage; mais si ces biens sont vendus ou dissipés par le père de famille, ils n'entreront même pas dans la masse fictive pour calculer la réserve; car, aux yeux de la loi, *ils ne sont plus biens donnés.*— Donc, quand nous considérons les effets de la loi, nous sommes forcés de convenir qu'elle n'a été écrite que dans l'intérêt unique du donateur, bien que la cause de la loi ait été de remettre en ses mains de quoi subvenir aux besoins des enfants.

22. On veut invoquer quelques mots de Ricard (*Donations*, 3e *partie*, *ch.* 5, *tit.* 2, *n*° 572) où il dit : « le motif de la loi ne regarde pas tant *la faveur du père que des enfants.* » — Ce passage est mal entendu. Ricard avait déjà dit, n° 558, que la révocation était une condition tacite présumée écrite dans le contrat par la volonté de la loi et qui entraînait résolution, et par conséquent sa doctrine était que la résolution se faisait au profit du donateur.

Dans le passage cité, Ricard ne fait autre chose que de démontrer que la loi *si unquam* n'ayant été établie qu'en faveur de la survenance d'enfants, et en considération du bien public

qui veut que les mariages ne soient pas empêchés par des libéralités antérieures, s'ils viennent à donner des sujets à l'État, il serait contraire au bien public que le donateur pût renoncer au bénéfice de cette loi avant la naissance des enfants en considération desquels la loi est écrite... Or, de là il ne résulte en rien que Ricard ait dit que la loi accordât quelques droits aux enfants sur les biens. Personne ne nie que leur considération ait été le motif de la loi; mais aussi personne ne doit dire en droit que la loi ait été faite dans leur intérêt, d'où viendrait la conséquence qu'elle ouvre un droit à leur profit, ce qui serait légalement faux.

Il n'y a donc rien à conclure de ce passage de Ricard. La question qu'il traitait alors a depuis été résolue en sa faveur par l'article 44 de l'ordonnance, et par l'article 965 du Code Napoléon, qui prohibent toute renonciation directe ou indirecte au droit de révocation; et ces articles se concilient parfaitement avec la doctrine que la révocation se fait au profit du donateur.

23. Examinons rapidement ce qu'on peut trouver dans les orateurs du Gouvernement. On y fera remarquer que M. Bigot-Préameneu lui-même a dit, dans son Exposé de motifs, « que la loi naturelle subordonnait toutes les affections à celle qu'un père a pour ses enfants; » M. Portalis, dans la séance du 19 ventôse, « la révocation était établie en faveur des enfants; » M. Favard, dans son discours au nom du Tribunat, « l'intérêt de l'enfant qui est né après la révocation est tout-puissant : il doit l'emporter sur toute autre considération. »

Mais la réponse est bien simple. Ces passages ne peuvent en rien être détournés de leur sens figuré. L'enfant a toujours un intérêt indirect à ce que les biens rentrent aux mains de son père, et les orateurs du gouvernement et du Tribunat ont pu parler de l'intérêt de l'enfant, surtout quand il y avait au conseil d'État une sorte d'opposition sur le rétablissement du droit de l'ordonnance de 1731, sans qu'ils eussent eu la pensée que l'enfant, comme enfant, pourrait exercer, en aucun cas, les droits révocatoires. Ainsi, ils n'ont pu parler que de son intérêt indirect à avoir un père non appauvri, d'un intérêt philosophiquement ou moralement considéré, et non d'un intérêt légal et conférant un droit quelconque.

24. Passons aux auteurs, et suivons la gradation du langage depuis Furgole jusqu'à MM. Aubry et Rau.

Furgole, dans sa 16e question, écrite sur la loi *si unquam*, nos 10 à 12, avait dit en termes durs, mais exacts : « Les en-» fants ne sont pas l'objet de la révocation. Leur intérêt et leur » faveur particulière n'y entrent pour rien... » — Il est évident qu'il faut réduire ces termes à ceci : ce n'est pas eux qui sont l'objet du verbe *revertatur* ni de la résolution du contrat, c'est le donateur seulement.

M. Grenier, no 202, cite ce passage de Furgole dans lequel il trouve un peu trop de généralité, et pose la même doctrine en termes plus doux : « Ce n'est pas précisément dans l'intérêt de » l'enfant que la révocation a lieu. Elle a lieu *principalement* » dans l'intérêt du donateur. »

M. Grenier, en adoucissant les termes de Furgole, n'en tire pas moins la conséquence que les enfants n'ont aucun droit dans la propriété des biens compris dans la donation révoquée.

M. Bayle Mouillard, dans ses excellentes notes sur M. Grenier, trouve que le langage de M. Grenier est *un peu absolu* : « Le législateur est déterminé surtout par l'intérêt de l'enfant; il espère qu'il profitera de la révocation... » Mais M. Bayle Mouillard entend trop bien la matière des donations pour ne pas dire au moins : « Le *donateur seul* profite *directement* de la évocation, » et il ajoute de nouvelles conséquences à celles qu'avait déduites M. Grenier. — Au fond, la pensée du savant annotateur est celle de Furgole lui-même, tout en cherchant à être encore un peu plus doux que M. Grenier dans les termes.

Enfin viennent MM. Aubry et Rau, dans leur traduction de Zachariæ, qui disent : « Que la révocation est établie BIEN » MOINS au profit du donateur en cette qualité, que dans son in-» térêt comme père des enfants qui lui sont survenus, *et dans* » *l'intérêt de ces derniers.* »

Si c'est sous le rapport philosophique et moral que parlent ainsi MM. Aubry et Rau, je n'ai rien à dire; mais je crains bien que ce ne soit sous le rapport juridique; car une note sur les mots « *et dans l'intérêt de ces derniers* » nous apprend que *cette proposition est importante et fournit* le principe de solution de plusieurs questions. C'est donc de leur part une doctrine qu'ils veulent faire prévaloir, une doctrine sur le droit, une doctrine qui doit influer sur les décisions particulières. Or, je crains que le mérite personnel des savants professeurs ne contribue à étendre dans l'interprétation une loi exceptionnelle, malgré les rai-

sons que j'ai données dans la première partie de cette dissertation. Il devient donc de mon devoir de les combattre.

La gradation est bien sensible. Furgole, sur une loi d'exception, raisonne en algébriste, dégage l'inconnue de tous les termes qui peuvent l'embarrasser, réduit tout au seul texte, reconnaît qu'il établit une résolution fondée sur l'événement d'une condition tacite légalement sous-entendue dans le contrat; et comme les résolutions ne se font qu'au profit et dans l'intérêt de la partie contractante, il prononce avec une sécheresse mathématique que la résolution se fait dans l'intérêt du donateur, non dans l'intérêt particulier de l'enfant. Et Furgole a raison et décide le problème avec une admirable justesse. M. Grenier trouve le calcul trop rigoureux, M. Bayle Mouillard aussi; mais ni l'un ni l'autre n'indique en quoi il peut n'être pas exact. MM. Aubry et Rau adoptent une autre formule et nous annoncent qu'*en droit et dans l'application*, c'est aussi dans l'intérêt de l'enfant que la révocation est établie.

25. La même gradation va se trouver dans le langage des arrêts.

On a vu ci-dessus un arrêt du 29 messidor an XI de la Cour de cassation, qui a jugé qu'aux termes de l'article 39 de l'ordonnance de 1731 la donation faite par Girault à sa première femme par contrat de mariage, *n'avait pas été révoquée* par la survenance d'un fils né d'un second mariage du donateur, et que les héritières de la première femme avaient par conséquent, du chef de la donataire, la propriété de tous les biens compris dans la donation.

On a vu aussi par un des motifs que le même arrêt semble avoir jugé que la donation faite entre époux sous l'empire des articles 13 et 14 de la loi du 17 nivôse an II n'était pas même *réductible* en faveur des enfants nés d'un mariage postérieur à celui qui avait donné lieu à la donation.

Mais la demande de la veuve Girault n'avait été qu'une demande en déclaration de révocation par survenance d'enfants, comme seule héritière de son fils, qui l'était lui-même de son père et comme légataire universelle de son mari, elle n'avait agi que du chef du donateur, et les dames Delorme et Durandeau ne s'étaient défendues qu'en soutenant être justement dans le cas d'exception à l'ordonnance. Jamais la veuve Girault n'avait demandé de légitime ni de retranchement de donation du chef de son fils.

Seulement, le ministère public au tribunal de Poitiers ayant pensé que l'article 39 de l'ordonnance de 1731 était inapplicable à un contrat formé sous la loi du 17 nivôse, avait, *proprio motu* et sans conclusions des parties sur ce point, induit des articles 13 et 14 de cette loi que la demande en révocation n'était pas recevable, puisque la loi nouvelle ne permettait la réduction de la donation qu'en faveur des enfants nés du mariage pour lequel avait été faite la donation, ou en faveur des enfants nés d'un mariage antérieur.

Le tribunal d'appel de Poitiers adopta ce système auquel *aucune des parties* n'avait participé; de sorte qu'il y avait demande et défense respectives sur la révocation : mais il n'y avait eu ni demande, ni défenses, ni conclusions sur la réduction pour cause de légitime; et il ne se trouve ni dans les qualités ni dans le dispositif du jugement de dernier ressort aucune question posée ni aucune prononciation sur le chef de réduction.

Ainsi, le motif de l'arrêt de rejet « que, dans le cas donné, la législation de l'an II n'admettait pas la réduction, » se trouvait lui-même réduit à n'être qu'une *impuissante déclaration* de doctrine; car, ce n'est pas l'arrêt de la Cour régulatrice qu'il s'agissait d'exécuter, mais l'arrêt de Poitiers, lequel déclarait seulement la veuve Girault non recevable dans sa demande en déclaration de révocation pour survenance d'enfants.

Aussi, après l'exécution de l'arrêt de Poitiers, la veuve Girault demanda en 1818 aux dames Delorme et Durandeau, les trois quarts des biens à titre de réserve légale, en se fondant sur l'article 1er de la loi du 4 germinal an VIII.

Elle fut repoussée sur l'appel devant la Cour de Poitiers par l'exception de la chose jugée, résultant de l'arrêt du 25 nivôse an XI, qui avait résisté au pourvoi.

Arrêt du 5 juin 1821 (S. 21, 1, 343; D. 21, 1, 429; MERLIN, *Rép., Chose jugée*, § 1 *bis*), QUI CASSE l'arrêt de Poitiers, d'une part, parce qu'il n'y a eu rien de jugé sur la question de réduction par l'arrêt du 25 nivôse an XI, faute de conclusions, de position de questions et de prononciation sur ce chef; et, d'autre part, parce que la nouvelle demande n'est pas fondée sur la même cause que la première; que les demandes en révocation pour survenance d'enfant et en réduction de la donation pour la réserve diffèrent par leur cause comme par leurs effets, *puisque la révocation par survenance d'enfant a son*

principe DANS L'INTÉRÊT DU DONATEUR ET OPÈRE LA NULLITÉ *de la donation*, au lieu que la réduction pour la réserve a sa source DANS L'INTÉRÊT DES ENFANTS et *suppose la validité et l'effet* de la donation sur laquelle elle ne peut être exercée qu'au besoin et jusqu'à due concurrence.

26. Voici la contre-partie.

En 1807, un oncle (*Joseph-Véran* Avon) avait fait une donation sous forme de vente à son neveu, *Jean-François* Avon. L'oncle était alors célibataire. Il se maria quelques années après; en 1811, il eut un fils, *Jean-Joseph* Avon. Le donateur ne fait pas d'acte de notification de cette naissance. Il n'est pas dit qu'il ait en rien redemandé les biens, et je me suis trompé sur ce point de fait dans mon *Commentaire, p.* 312, *n*° 48. Il mourut en 1816, ayant encore devant lui vingt-trois ans, avant que l'action fût prescrite.

En 1827, *Jean-Joseph*, héritier de son père, gêné par le titre apparent d'acquéreur à titre onéreux de Jean-François, au lieu d'agir par revendication, forme une demande en révocation de l'acte de vente, qui n'est au fond, dit-il, qu'une donation déguisée. — *Jean-François* lui répond par son titre apparent, et soutient que *Jean-Joseph* est non recevable *comme héritier de son père* à prétendre que le titre est mensonger, car son père ne saurait se prévaloir d'une fraude à la loi à laquelle il aurait participé : *nemo creditur propriam turpitudinem allegans.*

Au lieu de répondre que la maxime est en défaut devant l'article 965 du Code Napoléon comme devant l'article 44 de l'ordonnance, qui défendent toute clause et convention renonciative à la révocation, afin qu'on ne puisse tromper la prévoyance de la loi par des voies obliques; au lieu de répondre que cette prohibition est absolue et qu'elle s'étend aux *conventions* faites à l'instant de la libéralité comme à celles faites depuis qu'elle a été consommée; au lieu de répondre enfin que *convenir* au moment de la libéralité de prendre la forme d'un acte à titre onéreux, afin de cacher sa nature gratuite, était faire, par contravention à l'article 965, une convention renfermant une renonciation implicite à dire dans l'avenir, même quand il surviendrait des enfants, que dans la vérité, l'acte n'est rien qu'une donation; et que la révocation pour cause de survenance d'enfants étant une loi d'ordre public au bénéfice de laquelle le donateur ne peut renoncer directement ni indirectement, *le donateur pouvait lui-*

même opposer la fausse couleur *que les deux parties étaient convenues* de donner à l'acte dans sa forme, et être admis, avec un commencement de preuve par écrit, à proposer tous les faits qui auraient complété cette preuve; au lieu, dis-je, de présenter ce raisonnement légal, *Jean-Joseph*, fils du donateur, a mieux aimé dire que ce n'était pas dans son titre d'héritier qu'il puisait son droit; qu'il le puisait dans sa qualité d'enfant; que la simulation n'étant pas son ouvrage, il avait le droit incontestable de la démontrer.

Le jugement du tribunal d'Avignon, qui admit la preuve, n'a pas dit que *Joseph-Véran* Avon, le donateur, n'eût pas le droit de repousser la maxime *nemo creditur;* mais il s'est placé au point de vue que le fils s'était choisi, le regardant hypothétiquement seulement comme *un tiers* qui vient attaquer des actes faits à son préjudice par son père; « qu'ainsi, lors même que » son père ne pourrait ou n'aurait pas pu exciper de la simula- » tion, le fils, dont la naissance a entraîné la révocation de » toutes donations faites auparavant, avait le droit de prouver » que tels ou tels actes, sous quelque forme qu'ils aient été » passés, ne sont, au fond, que de véritables donations, et ne » peut être victime d'une simulation dont l'effet serait de le dé- » pouiller des droits que lui donne la loi. »

La Cour de Nîmes adopta ces motifs et confirma le jugement, en ajoutant « que les actes produits au procès portent les caractères voulus par la loi pour établir un commencement de preuve par écrit. »

Les 7 juillet 1829 et 19 août 1830, jugement et arrêt qui, sur le résultat de l'enquête, déclarent l'acte de 1807 révoqué comme contenant une donation.

Pourvoi fondé sur ce que l'article 960 a été écrit dans l'intérêt des donateurs, et sur ce que l'enfant, agissant comme héritier de son père, ne pouvait pas s'être fait admettre à prouver une simulation dans une vente authentique, à laquelle son auteur avait participé.

L'arrêt de rejet, d'autant plus juste que *Jean-François* Avon avait été le tuteur de *Jean-Joseph*, son neveu, est le premier qui ait contenu cette proposition : « La révocation pour survenance » d'enfants est *spécialement établie dans l'intérêt de l'enfant.* » (Rejet, 6 novembre 1832; — S., 32, 1, 808; — D., 33, 1, 16; — P., 54, 523.), proposition dont la Chambre des requêtes n'a-

vait nul besoin pour rejeter le pourvoi, puisqu'elle n'était pas dans l'arrêt attaqué; et qu'il suffisait de dire que toute convention qui cachait sous sa forme une donation, étant nulle en cas de survenance d'enfants, comme susceptible de cacher une renonciation prohibée par l'article 965, et le donateur ayant le droit d'en démontrer la couleur mensongère, l'arrêt de Nîmes n'avait pu faire une fausse application de l'article 690.

27. Voici un autre arrêt, dans une espèce à peu près semblable, où l'on retrouve la même maxime sous une autre forme.

Le 22 mars 1820, le sieur de Meaux vend son château de Saussine au sieur Randon, moyennant une rente viagère, partie en argent, partie en nature; mais le tout si faible qu'il fût établi plus tard que la rente était servie tout entière avec les seuls produits du bien prétendu vendu. Il n'y avait rien d'aléatoire, et l'acte constituait évidemment une libéralité de la nue propriété.

Plus tard, le sieur de Meaux se marie, il lui naît un enfant; et néanmoins il continue de recevoir les prestations annuelles, et fait avec M. Randon un accord ayant pour objet de régler le payement de la rente.

Enfin, le sieur de Meaux lui-même assigne le 29 mars 1830 le sieur de Randon en délaissement du domaine de Saussine. Débouté de sa demande en première instance, il interjeta appel, et par arrêt du 12 juin 1834 (S., 35, 2, 24), la Cour de Montpellier, réformant, déclara que l'acte du 22 mars 1820 était une donation déguisée et qu'elle était révoquée, « attendu que, » quoique depuis la survenance de l'enfant, le donateur se soit » contenté des prestations portées par l'acte, et que même il » soit intervenu quelques accords sur son exécution, ces cir- » constances ne sont pas de nature à constituer une fin de non- » recevoir contre la demande en révocation, qui est aussi » formée *en considération et dans l'intérêt de l'enfant, à qui au- » cunes fins de non-recevoir, aucuns faits personnels*, ne peuvent » être opposés. »

Ce dernier motif est évidemment tiré du motif exprimé un peu hasardeusement par l'arrêt de rejet du 6 novembre 1832; et telle est la conséquence des doctrines nouvelles émises incidemment par la Cour suprême, qu'elles sont réputées articles de loi. — Mais dans l'arrêt de Montpellier, le motif est d'autant plus inconsidéré qu'il en était moins besoin encore que dans l'arrêt précédemment cité : car tout se passait entre le sieur de

Meaux, donateur, et le sieur Randon, donataire. L'enfant n'était en rien partie au procès.

28. Le droit reposait sur quatre articles : les articles 960, 963, 964 et 965, qui suffisaient certes pour motiver le jugement, sans qu'il fût besoin d'invoquer l'intérêt de l'enfant.

960 et 963 révoquaient la donation par le seul fait de la naissance, et faisaient rentrer les biens dans le patrimoine du donateur, où ils devaient demeurer à toujours, même après la mort de l'enfant, suivant 964, si le donateur avait jugé à propos d'en négliger le délaissement.

964 ne permettait point au donataire d'invoquer un acte confirmatif quelconque, même après l'événement qui a produit la révocation : comme la donation est nulle aussi pleinement que si elle n'était pas revêtue des formes essentielles, et que, dans ce dernier cas, on ne peut opposer aucun acte confirmatif au donateur (C. Nap., art. 1339), il faudrait de même une nouvelle donation formelle pour transférer de nouveau à l'ancien donataire le domaine de propriété dont le donateur a été ressaisi, même à son insu, par l'événement de la condition tacite et résolutoire. La raison est qu'on ne peut pas plus confirmer ce qui a cessé d'être, qu'on ne peut confirmer ce qui n'est pas; et que, dans l'espèce, le règlement sur le nouveau mode de payement des prestations, eût-il été un acte confirmatif, n'avait de valeur qu'autant et pendant que le donateur croirait n'avoir pas besoin de ses revenus.

965 enfin, ainsi que je l'ai signalé sur la première espèce, annule donc au profit du donateur le déguisement primitif de l'acte, comme convention sur la forme renfermant, par sa nature, une renonciation que la loi prohibe pour raison d'ordre public, soit avant, soit après l'événement. Or, toutes les fois qu'une convention est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public, les parties ont droit de l'attaquer elles-mêmes, aux termes de l'article 6 du Code Napoléon.

Il n'y avait donc nullement besoin, pour la Cour de Montpellier, d'invoquer l'intérêt de l'enfant, légalement étranger à la cause, ni de dire qu'on ne pouvait opposer à l'enfant aucune fin de non-recevoir, aucun fait personnel du père de famille.

Et ce sont ces deux arrêts que MM. Aubry et Rau invoquent comme application de leur doctrine juridique, que « la loi est écrite dans l'intérêt de l'enfant. »

Tous les textes disent le contraire; les textes anciens et les textes modernes.

29. L'enfant n'a aucun droit sur les biens du père pendant la vie du père. Donc, l'enfant pendant la vie du père n'a ni droit ni intérêt fondé sur le droit aux biens rentrés dans le domaine du père par l'événement d'une condition résolutoire quelconque. De ce que le fait de sa naissance est la condition légale qui produit la résolution au profit du père, l'enfant placé dans la condition n'est pas cependant placé dans la disposition de la loi.

Si le père, pendant sa vie, attaquait comme simulée une vente qu'il soutiendrait couvrir une donation faite avant la naissance de son fils, et qu'il succombât dans son procès, le fils devenu héritier du père ne pourrait plus, du chef de son père, renouveler la même action.

Dans le procès en simulation intenté par le père, le fils même majeur n'aurait pas le droit d'intervenir; il n'est en rien propriétaire des biens. Sa présence serait non-seulement indifférente; elle serait contraire au droit.

Si le père tarde à exercer la revendication, même d'un bien qu'il a donné par acte de donation en forme avant la naissance de son fils, celui-ci est sans action contre le donataire, et même ne peut faire aucun acte conservatoire, ni interrompre la prescription, quoique cet enfant approche de sa trentième année. Il n'a sur les biens rentrés dans le domaine du donateur que les droits éventuels de succession qu'il a sur les biens de son père; et si celui-ci veut laisser l'ancien donataire acquérir par prescription les biens donnés en possession desquels est resté le donataire, il en est aussi libre qu'il l'est de les donner de nouveau.

L'enfant même devenu majeur n'a pas qualité, comme enfant, pour faire avec le donataire ancien des conventions relatives à ces biens; même de faire une renonciation à les lui réclamer. Ces contrats seraient nuls, comme pactes sur la succession non ouverte du père de famille.

30. Contentons-nous donc de dire que la morale et le vœu du législateur sont que le père trouve dans la rescision du contrat les moyens de soutenir sa famille, mais que dès l'instant où elle s'est opérée de plein droit, la loi ne demande pas compte au père de famille de ce qu'il fera des biens qui n'ont jamais cessé de lui appartenir. Il a donc seul un intérêt légal à la révocation; et quand nous cherchons les effets juridiques de la révo-

cation, ne compliquons pas les effets du droit par la considération de l'intérêt indirect des enfants, puisque l'intérêt indirect qu'ont les enfants d'avoir un père plus ou moins riche n'est pas susceptible d'ouvrir un droit en leur faveur. Restons dans la simplicité des principes, et reconnaissons que la dureté de langage de Furgole a du moins le mérite de la netteté scientifique, et d'empêcher le magistrat, le jurisconsulte et le praticien de s'égarer dans l'application. COIN-DELISLE.

RAPPORT SUR LE DUEL,

PRÉPARÉ EN 1851 POUR ÊTRE SOUMIS A L'ASSEMBLÉE NATIONALE LÉGISLATIVE, AU NOM D'UNE COMMISSION SPÉCIALE,

Par M. VALETTE, représentant du peuple, professeur à la Faculté de droit de Paris [1].

Il n'est personne qui, à la seule vue du titre de ce rapport, n'aperçoive les difficultés que le sujet présente, difficultés qui tant de fois déjà ont attiré l'attention des pouvoirs publics. Chacun sait quelle énorme divergence de vues révèlent, d'une époque à l'autre, la législation française en matière de duel, et surtout la mise en pratique de cette législation : tantôt une excessive rigueur, tantôt un relâchement extraordinaire ou même une impunité absolue.

Chez nous, en fait de duel, ce ne sont pas seulement les

[1] Divers projets de loi tendant à la répression du duel ont été présentés à l'Assemblée nationale, à savoir :

En 1849, un premier, par MM. Gavini et Failly; un deuxième, par M. Remilly; un troisième, par M. Bouzique; — en 1850, un quatrième, par MM. Cunin-Gridaine, de Laboulie, Talon et Arène.

Tous ces projets ayant été pris en considération par l'Assemblée, une commission spéciale, chargée de leur examen, fut nommée par les bureaux, le 26 juin 1850. La commission était composée de MM. Denjoy, Farconet, Chégaray, Failly, Pougeard, de Montigny, Cunin-Gridaine, Dupré, Gain, Gavini, Sauvaire-Barthélemy, Hovyn de Tranchère, Belin, Didoux, *secrétaire;* Valette, *président et rapporteur.*

Le rapport n'a pu être lu à la commission; mais celle-ci en a approuvé et arrêté tous les principes, et a voté article par article le projet de loi dont nous donnons le texte à la fin de ce travail.

lois qui varient à l'extrême, mais c'est l'application d'une même loi qui subit les plus grandes vicissitudes. Chose extraordinaire! dans un pays où l'on tient pour maxime certaine que la loi pénale doit s'appliquer suivant son texte et sans interprétation extensive, la même loi a pu servir, soit à absoudre complétement le duel, soit à le placer au rang des crimes les plus odieux. Ainsi, dans de nombreux arrêts, de 1819 à 1828, la Cour de cassation jugeait que l'homicide commis ou les coups portés en duel, ne constituent ni délit ni crime. Puis, tout à coup, en 1837, et constamment depuis lors, la même Cour a jugé que ces actes étaient des crimes ou des délits prévus et punis par le Code pénal.

Ce brusque revirement n'a pas eu lieu sans rencontrer de vives résistances, et dans l'opinion publique et au sein de la magistrature elle-même. Combien de fois, depuis 1837, des Cours d'appel n'ont-elles pas reproduit l'ancienne jurisprudence sur le duel et lutté avec une conviction énergique contre l'autorité de la Cour de cassation! Des criminalistes d'un grand renom se sont prononcés dans le même sens et ont continué à enseigner qu'aucune pénalité en vigueur ne s'applique au duel. Certes, on a droit de s'étonner qu'en France, au XIXe siècle, il y ait tel acte duquel nul ne peut dire à coup sûr s'il est traité avec la dernière rigueur et puni comme un forfait atroce, ou s'il échappe à toute répression. Et depuis plus de soixante ans le législateur n'a pas voulu ou n'a pas su mettre fin à cette étrange incertitude!

En définitive, c'est bien sur le législateur (nous parlons des temps modernes) que retombe la responsabilité d'un tel état de choses; car, ou il a gardé le silence, ou s'il a parlé, son langage a été aussi obscur que celui des anciens oracles. Peut-être, d'ailleurs, cette obscurité a-t-elle été volontaire et calculée. Ceux qui se sont trouvés mêlés à la pratique législative en France, savent que parfois, ou pour mieux dire trop souvent, les rédacteurs des lois évitent de se prononcer sur certaines difficultés fort graves, les abandonnant aux hasards de la jurisprudence. Eh bien! tout nous porte à croire qu'en 1810, comme déjà en 1791, les auteurs de la loi criminelle, par des motifs dont peut-être ils ne se rendaient pas très-bien compte à eux-mêmes, ont laissé à l'écart la grande difficulté du duel, ne se sentant pas le désir ou la force de la résoudre, et entendant

laisser faire au temps, à l'opinion et aux tribunaux[1]. C'est là qu'est la vérité, bien plutôt que dans le fameux mot attribué à Treilhard : « Le législateur n'a pas voulu faire au duel *l'honneur » de le nommer ;* » singulier dédain pour un fait si puissant, si opiniâtre, si vivace encore, qu'on nous passe l'expression, non-seulement après tant de coups terribles que lui ont portés les plus puissants et les plus absolus de nos rois, mais encore après tant de changements survenus dans les idées et dans les mœurs !

Nous avons dit combien la jurisprudence moderne sur le duel a été irrésolue et changeante. Pendant près d'un demi-siècle avant l'année 1837, on peut dire qu'à très-peu d'exceptions près, ou il n'y a pas eu de poursuites dirigées contre les duellistes, ou bien les poursuites, ainsi que les arrêts ou jugements, ont été annulés par la Cour de cassation. L'arrêt célèbre de cette Cour du 22 juin 1837, rendu à la suite des savantes et énergiques conclusions de M. le procureur général Dupin, est le point de départ d'une jurisprudence toute nouvelle, qui place le duel sous l'empire du droit pénal ordinaire. De là ce résultat surprenant que tel fait déclaré non punissable par onze arrêts de la Cour suprême, dont trois rendus *Chambres réunies*, sous la présidence du garde des sceaux[2], s'est trouvé tout à coup, *sans*

[1] Telle est la remarque que fait M. Cauchy dans son excellent ouvrage sur *le duel*, où nous avons puisé tant de précieux documents de tout genre. Combien de fois nous-même, dans des comités ou commissions, n'avons-nous pas entendu dire, à propos de quelque point embarrassant : Eh bien ! supprimons cela, n'en parlons pas ; *les tribunaux décideront.*

[2] Date des arrêts rendus en ce sens par la Cour de cassation (Chambre criminelle) : 8 avril 1819, 21 mai 1819 (deux arrêts); 14 juin 1821, 21 septembre 1821, 19 septembre 1822, 11 mai 1827, 29 juin 1827 ; — Chambres réunies ; 4 décembre 1824 (deux arrêts) ; 8 août 1828. — M. Brillat-Savarin, dans son *Essai sur le duel* (1819), *Avertissement*, p. 8, nous apprend le fait curieux d'une sorte de consultation demandée par la Chambre criminelle à la Cour de cassation tout entière, à l'occasion du procès qui amena le premier arrêt de la Cour sur le duel. « Cette question, dit-il (celle de savoir *si les faits qui constituent un duel sans déloyauté sont qualifiés et punis par les lois actuelles*), a donné lieu à une délibération *intérieure et confidentielle* des sections de la Cour de cassation, et la matière y a été traitée avec cette profondeur qu'on doit attendre d'une réunion de magistrats d'une expérience consommée. La réponse a été négative *à la presque unanimité*, et la section criminelle, que cette décision ne liait point, s'y est cependant conformée dans son arrêt du 8 avril dernier (1819). » — V. M. Cauchy, *Du duel*, etc., t. I, p. 307.

qu'un mot eût été changé dans le texte de la loi, passible *de la peine de mort ou de celle des travaux forcés à perpétuité!*

Sérieusement, quelle idée le peuple doit-il se faire d'une loi criminelle dont l'interprétation se plie à de telles *variantes?* Cela ne choque-t-il pas et le simple bon sens et les principes admis comme élémentaires sur la nature et le caractère de la loi pénale? Est-il croyable que, de 1819 à 1837, à la suite de tant de délibérations approfondies de la Cour de cassation, la pénalité, si elle avait été écrite dans le Code, eût échappé aux recherches de magistrats si éclairés et si empressés de flétrir le duel au nom de la religion et de la morale? Et comment cette pénalité serait-elle encore méconnue aujourd'hui par de grands corps judiciaires [1] et par des criminalistes d'un mérite reconnu [2], qui refusent de suivre la Cour de cassation dans sa voie nouvelle, et décident que le duel, non entaché de déloyauté, ne constitue ni crime ni délit?

L'embarras a dû redoubler lorsque, à diverses reprises, on a vu l'Assemblée nationale refuser son adhésion et son appui à la jurisprudence nouvelle, ce qui était certes, quoi qu'on ait pu dire, en altérer l'autorité morale. Car, peut-on concevoir que, des faits étant juridiquement qualifiés *assassinat*, ou *meurtre*, ou *blessures volontaires*, etc., les représentants du peuple puissent à leur gré commettre ces faits sans avoir à redouter aucune poursuite pendant la durée de leur mandat? Bien plus, lorsque l'Assemblée constituante, dans sa séance du 20 mars 1849, a refusé l'autorisation de poursuites contre des représentants qui s'étaient battus en duel, elle votait sur les conclusions d'un rapport où l'on attaquait de front et par des arguments de droit, la jurisprudence de la Cour de cassation [3]. L'Assemblée sui-

[1] V. entre autres l'arrêt de la Cour de Besançon, cassé le 2 septembre 1847 (Devill. et Car., 1848, I, p. 548); ceux de Lyon, 17 juin 1848; de Nîmes, 14 octobre 1848, et de Montpellier, 23 novembre, même année (Devill. et Car., 1849, I, p. 530).

[2] V., par exemple, Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, troisième édition, p. 438 et suiv.

[3] Ce rapport, présenté par M. Davy au nom du comité de législation, est dans le *Moniteur* du 10 mars 1849, p. 801. Les conclusions en furent adoptées, le 20 du même mois, sans discussion, et après que le rapporteur eût fait la déclaration suivante : « La commission a été parfaitement nette dans son » rapport; elle persiste complétement dans les motifs qu'elle a présentés. Il » lui paraît que l'adoption de sa résolution *entraîne également celle des mo-*

vante[1] a aussi plusieurs fois refusé l'autorisation de poursuites pour cause de duel[2]. Sans doute ces décisions des deux Assemblées nationales (constituante et législative) n'ont pas le caractère de lois. Elles n'enchaînent point la justice, mais elles ébranlent la foi due à ses arrêts. Naturellement elles ont dû contribuer à maintenir le doute dans les esprits et l'incertitude dans la jurisprudence en matière de duel.

Toutes ces contradictions que présentent les actes de l'autorité publique sur le duel ne font, en réalité, que reproduire et manifester ce qui se passe au fond des consciences. Certes, il est peu de faits de l'ordre moral qu'on puisse comparer au duel, donnant lieu aux sentiments les plus variables, aux appréciations les plus opposées, souvent chez les mêmes individus. On le flétrit et on le glorifie. On n'en souffrirait pas l'apologie dans un traité de morale, mais on le goûte dans les romans et on l'applaudit au théâtre. Tel qui le blâme comme contraire à la religion et à l'humanité, avouera franchement que, dans un cas donné, il en subirait la loi. Sans nul doute, ces sentiments contradictoires n'existent pas au même degré dans tous les esprits; on trouve un certain nombre de personnes qui paraissent ne vouloir faire aucune concession au duel et qui, au premier abord, le condamnent d'une manière absolue, comme aussi on en rencontre d'autres qui ne craignent pas de le défendre en principe, et en font une sorte de nécessité sociale. Mais, en définitive, si l'on va au fond des choses, on reconnaîtra que ces opinions opposées ne s'excluent pas l'une l'autre aussi radicalement qu'on pourrait le croire. Les plus austères en arrivent presque toujours, dans la pratique, à une grande indulgence pour le duel, tandis que les plus relâchés ne le présentent point comme une institution d'une bonté absolue, mais expriment le vœu qu'il disparaisse un jour, *par suite des progrès de la civilisation.*

Quoi qu'il en soit, l'état actuel de la jurisprudence sur le duel

» *tifs qui lui ont servi de base.* » (Oui! oui! appuyé!) (*Moniteur* du 21 mars, p. 949.)

[1] Notre travail portait naturellement : « L'assemblée *actuelle;* » nous avons fait ce changement et quelques autres semblables pour éviter tout embarras au lecteur.

[2] Dans un des cas, on se trouvait en présence d'un arrêt de la Cour de cassation, rendu Chambres réunies, le 21 juillet 1849, lequel renvoyait l'accusé devant une Cour d'assises *pour être jugé selon la loi.*

peut-il subsister? Non, certainement, et en général on admet la nécessité d'une décision législative qui, à ce sujet, dissipe les doutes, fasse cesser les controverses, et s'applique à tous sans exception. Depuis plus de trente ans, une foule de pétitions ont été présentées dans ce sens aux diverses assemblées législatives. Des Cours d'appel, la Cour de cassation elle-même avant sa dernière jurisprudence, ont, à diverses reprises, émis un vœu semblable. D'un autre côté, le législateur a souvent montré l'intention de combler une lacune tant de fois signalée; car depuis les décrets de l'ancienne Assemblée constituante [1] et de la Convention nationale [2] jusqu'au projet de loi actuel, on trouve presque constamment des actes et des travaux préparatoires qui ont rapport à cet objet.

Sous la Restauration surtout le résultat dont il s'agit parut devoir être atteint. Des projets de loi furent proposés et sérieusement discutés; d'abord en 1819, puis en 1829, à la suite d'un référé au roi, ordonné par la Cour de cassation, suivant la législation de l'époque [3] (un conflit de jurisprudence s'étant élevé entre cette Cour et des Cours royales sur la question) [4]. Mais ces essais législatifs (auxquels on peut joindre un troisième

[1] « L'Assemblée enjoint à ses comités de lui présenter, dans le plus court délai possible, un projet de loi sur le duel. » (Décret du 4 février 1791.)

[2] La Convention nationale « renvoie à la commission du recensement et de la rédaction complète des lois, pour examiner et proposer les moyens d'empêcher les duels, et la peine à infliger à ceux qui s'en rendraient coupables ou qui les provoqueraient. » (Décret du 29 messidor an II.)

[3] Loi du 30 juillet 1828.

[4] La Cour, « attendu que le duel est un fait qui blesse profondément la religion et la morale, et porte une atteinte grave à l'ordre public, et que » néanmoins le duel *n'est qualifié crime par aucune des lois en vigueur;* — » attendu qu'il est déclaré, en fait, que c'est à la suite d'un rendez-vous » donné par Laberthe, et dans un duel qui en a été le résultat, que Laberthe » a porté un coup de sabre qui a donné la mort à Mangin; que ce fait ainsi » précisé, sans le concours d'une circonstance de déloyauté et de perfidie, » n'est puni par aucune loi pénale; — que dès lors, en prononçant à raison » de ce fait, contre Laberthe, la mise en accusation d'homicide volontaire et » le renvoi à la Cour d'assises de la Moselle, l'arrêt attaqué a fait une fausse » application des articles 297 et 304, § 2, Code pénal, et violé l'article 4 du » même Code; — casse l'arrêt de la Cour royale de Metz, chambre d'accusation, du 12 juin 1827; renvoie le prévenu, en l'état où il se trouve, devant » la Cour royale de Colmar, *et arrête, au surplus, qu'il en sera référé au » Roi pour être ultérieurement procédé, par ses ordres, à l'interprétation » de la loi.* » Cour de cassation, Chambres réunies, arrêt du 8 août 1828.

projet préparé par le conseil d'État en 1832) ne purent aboutir. Le projet de 1829, qui paraît avoir eu le plus de chances favorables, fut arrêté tout court par la révolution de juillet. Ces derniers documents sont très-précieux : car on y trouve, bien établis et bien expliqués, des principes généralement admis aujourd'hui par ceux qui ont médité sur la question du duel. *Répression modérée*, telle est la pensée fondamentale et comme le résumé des projets élaborés depuis 1819, et certes, par les hommes les moins suspects d'immoralité et d'irréligion [1]. Du reste, il est à remarquer que ce principe sert de base à presque toutes les législations modernes en matière de duel [2], et nous verrons bientôt qu'on arrive au même résultat par un examen approfondi de tous les éléments de la question.

L'Assemblée nationale législative a mis la main à l'œuvre en renvoyant à une commission divers projets sur le duel, émanés de l'initiative parlementaire. Ces renvois ont eu lieu d'un commun accord, ou, du moins, sans opposition apparente. On a compris qu'après tant d'incertitudes, de variations, de projets de loi et de débats, il fallait bien s'arrêter et conclure; qu'on ne pouvait laisser les magistrats et les justiciables dans un doute perpétuel sur une question d'une telle gravité.

La tâche du législateur se trouve bien facilitée aujourd'hui, grâce aux travaux antérieurs que nous venons d'indiquer; car ces travaux sont beaucoup plus riches qu'on ne l'imagine communément. Pour en tirer un excellent parti, il suffit d'un peu de bon vouloir et de fermeté. Nous avons vu dans ce siècle mener à bonne fin des travaux législatifs d'une difficulté bien plus grande. Un point de droit ou de législation, quelque obscur ou ardu qu'il soit au premier abord, peut toujours, en fin de compte, être étudié à fond et résolu; un moment vient où l'on a en main, pour les apprécier et en faire usage, tous les éléments de la solution. Or, on en est arrivé là, en ce qui regarde la question du duel; tout a été exploré, tout est connu, et dans la théorie et dans les faits; on possède tous les matériaux qui peuvent servir à élaborer une loi en même temps rationnelle et applicable.

Après ces observations générales, nous avons à examiner

[1] Nous nous bornerons à citer MM. Clausel de Coussergues, Bellart, Pasquier, Portalis, de Vatimesnil, de Maleville, Séguier et de Broglie.

[2] C'est ce que M. Cauchy constate à diverses reprises dans son ouvrage.

plusieurs questions dont la solution nous est nécessaire, et qu'on pourrait appeler *préjudicielles*. Ce premier travail fait, les bases de notre loi seront posées et nous n'aurons plus à traiter que des points secondaires. Ces questions sont les suivantes :

1° Une loi répressive du duel est-elle conforme à la justice?

2° Une loi répressive du duel est-elle opportune?

3° Quelle doit être la répression du duel?

Ces trois questions vont faire l'objet de trois parties distinctes de notre travail. Dans une quatrième et dernière partie, nous tracerons le plan de notre projet de loi et nous en expliquerons les détails.

PREMIÈRE PARTIE.

Une loi répressive du duel est-elle conforme à la justice?

§ 1.

Quand un acte est immoral et mauvais en soi, il ne peut être *injuste* de le réprimer. Cela est incontestable. Et nous comprenons dès lors que beaucoup de personnes se récrient sur la position même de cette question, parce que, diront-elles, on ne peut mettre en doute que le duel ne soit mauvais et immoral. Un ministre de la religion, par exemple, ne perdra jamais de vue et ne cessera de répéter que la loi de Dieu défend l'homicide, et que cette loi doit parler plus haut que la voix de l'orgueil ou de la vengeance. De son côté, le magistrat, gardien du bon ordre et dispensateur de la justice, n'admettra jamais que, dans une société régulière, il soit loisible aux individus de vider leurs différends par les armes. Il repoussera d'ailleurs, comme immorale et nulle, une convention aléatoire où les parties font un enjeu de leur propre vie. Que si on lui allègue la notoriété et la puissance de l'usage, il répondra que le juge « ne doit pas suivre la foule pour faire le mal, ni se rendre à » l'avis du plus grand nombre pour s'écarter de la vérité [1]. » Le même langage sera tenu par beaucoup d'autres que la solidité de leurs croyances religieuses, la gravité de leur profession, ou l'indépendance de leur esprit soustrait à l'empire

[1] Non sequeris turbam ad faciendum malum; nec in judicio plurimorum » acquiesces sententiæ ut à vero devies. » Paroles de l'*Exode* (chapitre 23, verset 2), citées par M. le procureur général Dupin dans le réquisitoire qui a précédé l'arrêt du 22 juin 1837.

de l'opinion dominante. Pour toutes ces personnes, pas de difficulté; la répression du duel ne peut offenser la justice.

Mais, pour une foule d'autres (probablement la grande majorité), les choses se présentent sous un autre aspect. Et c'est ici que nous devons nous arrêter avec grand soin; car notre but est de faire accepter par tout le monde les principes qui servent de base à notre loi.

Consultez, presque au hasard, non pas seulement des militaires, mais des hommes politiques, des gens de lettres, des artistes, des propriétaires, des industriels, et demandez-leur si dans telle occasion, sous l'impression de tel outrage, ils ne recourraient pas à la voie des armes pour venger leur honneur. Presque tous vous répondront ou par l'affirmative, ou par une hésitation qui indique l'influence que pourrait avoir sur leur âme le sentiment de leur dignité outragée.

Avançons dans cette étude morale. Sans doute l'homme dit trop souvent avec le poëte : *Video meliora proboque, deteriora sequor.* L'intelligence peut reconnaître le bien, tandis que la volonté s'abandonne au mal. Mais ce qui nous préoccupe en ce moment est tout autre chose que ce désaccord si habituel et qui a sa cause dans la liberté de l'homme; le fait moral dont nous parlons est d'un ordre entièrement exceptionnel. Il ne s'agit plus d'un égarement dont on gémit, dont on reconnaît la honte, que l'on voudrait cacher aux autres et à soi-même. Qui ne sait, au contraire, que des hommes honnêtes, jouissant de l'estime publique, recommandables par d'éminentes qualités, parlent du duel, non comme d'une faute à éviter, mais comme d'une règle à suivre et presque d'un devoir à remplir? Aussi on les verra, dans l'occasion, s'y préparer comme à une nécessité de leur position dans le monde, entourés de leurs amis et de leurs proches, avec un calme et une maturité de réflexion qui sembleraient ne convenir qu'à un acte régulier et légitime. C'est là ce qui se passe tous les jours; on ne saurait le nier.

Sans doute pour beaucoup de ceux dont nous venons de parler, c'est là une affaire de pratique bien plus que de théorie; ils ne font que céder au courant de l'opinion publique. Mais l'existence même de cette opinion, si générale parmi ce qu'on appelle les honnêtes gens, est certainement un fait très-embarrassant pour ceux qui traitent, comme nous le faisons en ce moment, le côté moral de la question du duel.

Enfin on trouve des personnes (en petit nombre sans doute) qui refusent d'admettre la justice intrinsèque d'une loi répressive du duel et qui le défendent systématiquement. Serait-il donc vrai que pour certaines consciences honnêtes, une loi portée contre le duel peut froisser le sentiment moral, et paraître en désaccord avec les idées absolues de droit et de justice? C'est ici que nous serrons de près la difficulté.

Que peuvent alléguer ceux qui n'admettent pas la justice d'une loi rendue contre le duel? Pesez avec soin leurs motifs et vous n'y trouverez rien d'arrêté ni de précis. Leur langage, presque toujours, est celui du sentiment plutôt que de la raison. Comment, diront-ils souvent, infliger une peine à l'homme qui défend son honneur dans des cas où la loi ne saurait le défendre? N'est-il pas des injures cruelles auxquelles les tribunaux ne peuvent offrir que des réparations tout à fait insuffisantes? Combien d'outrages qui, par leur nature, échappent à l'appréciation des juges, et n'en sont pas moins mortels pour l'homme outragé? L'honneur peut recevoir mille atteintes diverses qui jamais ne figureront dans le vocabulaire d'un code. Et d'ailleurs, combien de circonstances où l'homme qui se respecte ne voudra point d'une réparation judiciaire, fût-elle possible, parce qu'il ne l'obtiendrait qu'en révélant des douleurs et peut-être des hontes de famille! Dans tous ces cas, dit-on, le duel est *un mal* sans doute, mais exactement comme la guerre entre des peuples qui n'ont pas de médiateur commun. Pas plus que la guerre le duel n'est un acte immoral en soi, et c'est abusivement qu'on y rattache des idées de *crime*, de *délit* et de *punition*.

Remarquons, d'abord, que cette thèse n'aboutit point à innocenter le duel d'une manière générale et absolue. Car, s'il est des duels provenant des motifs graves qu'on vient d'indiquer, beaucoup aussi naissent des causes les plus futiles, de propos sans importance, d'altercations entre gens qui ne se connaissent même pas, et qui s'oublieraient bien vite sans le cartel qu'ils ont échangé.

Mais laissons là ces distinctions, et tenons-nous-en à la question de principe. Nous ne craignons pas d'affirmer qu'elle peut être résolue de manière à dissiper toute espèce de doute.

Remarquons d'abord que, hormis la France, tous les pays civilisés ont aujourd'hui des lois spéciales pour la répression du

duel [1]. Or, est-il croyable que tant de peuples se soient accordés à établir des peines contre un fait qui, en lui-même, ne serait pas incriminable? Non, sans doute, et d'autant plus que généralement, chez ces divers peuples, les idées sur le point d'honneur et la pratique du duel qui s'y rattache ont eu la même vogue et ont exercé le même empire.

Une autre observation, qui fortifie la précédente, c'est que personne en France n'a osé et n'ose proposer une loi déclarant, en termes formels, que le duel n'est passible d'aucune peine. Et pourtant, s'il en doit être ainsi, pourquoi ne pas le dire nettement? par là on mettrait un terme aux conflits de la doctrine et de la jurisprudence. Est-il raisonnable de laisser exposés à des peines plus ou moins graves, et parfois à une détention préventive, des hommes que toutes ces rigueurs ne devraient pas atteindre? Il faut bien le reconnaître, si personne ne réclame une loi qui mette franchement le duel en dehors du Code pénal, c'est que chacun démêle, par raison ou par instinct, en dépit des préjugés et des arguments, que le fait dont il s'agit *ne peut être innocenté*. Cet aveu tacite, échappé à la conscience universelle, se révèle encore de plusieurs autres manières à un observateur attentif. Ainsi, par exemple, tout le monde trouve fort naturel que l'auteur de l'homicide commis en duel soit condamné à des dommages-intérêts, au profit de la veuve ou des parents de l'homicidé [2]. Et pourtant où voir, en ce cas, le principe d'une action en dommages-intérêts, si ce n'est dans l'existence d'un *acte illicite*, d'une *faute* qui est *imputable à son auteur*, et d'où résulte l'obligation de réparer le tort qu'on a causé [3]? Supposez, au contraire, un homicide commis selon les

[1] V., dans le tome II de l'ouvrage de M. Cauchy, les lois sur le duel édictées dans les pays suivants : Angleterre, États-Unis, Belgique, États sardes, Autriche, Prusse, Saxe, Wurtemberg, Bavière, Hanovre, grand-duché de Hesse, États de l'Église, Deux-Siciles, Espagne, Portugal et Suède.

« Les peuples même, dit M. Cauchy, qui ont gardé nos Codes comme un » bienfait de nos victoires, en viennent l'un après l'autre à faire, en dehors » de la loi sur l'homicide, une loi spéciale sur le duel. » (T. II, p. 218.)

[2] C'est ce que la Cour de cassation, au temps même de son ancienne jurisprudence, avait reconnu par deux arrêts, l'un du 29 juin 1827 (affaire le Lorrain), l'autre du 30 juin 1836 (affaire Lamarthonie).

[3] L'article 1382 du Code Napoléon, constamment appliqué en cette matière par la Cour de cassation, est ainsi conçu : « Tout fait quelconque de » l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui *par la faute* duquel » il est arrivé à le réparer. »

règles du droit ou du devoir, c'est-à-dire *ordonné par la loi et commandé par l'autorité légitime*, ou bien *commandé par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui* [1]; non-seulement alors il n'y a ni crime ni délit [2], mais il ne peut y avoir lieu à des dommages-intérêts, attendu que l'acte dont il s'agit n'est entaché d'aucune faute, ou, en d'autres termes, est parfaitement conforme à la justice. De même encore, nul ne s'étonnera de voir punir disciplinairement les duels entre militaires, parce que l'idée de désordre, de trouble, en un mot, d'une certaine faute, y est véritablement mêlée [3].

Au fond, quelles que soient et la puissance du préjugé (dont nous aurons à étudier les causes), et la violence des passions qui s'en font une arme, chacun démêle très-bien, dans son *for intérieur*, que non-seulement la religion, mais la morale et la justice sont froissées par les pratiques du duel. La gravité des résultats qu'il entraîne parfois le fait encore mieux apparaître dans sa véritable nature. Ainsi l'homme doué de quelque honnêteté, qui a eu le malheur de tuer son adversaire dans un duel, en éprouve (l'expérience l'atteste) une vive impression de regret, et souvent il en garde un souvenir amer et indestructible; à tout prix il voudrait pouvoir en racheter la cause! Ce sont là des sentiments parfaitement inconnus de celui qui a donné la mort, soit à des ennemis de l'État sur le champ de bataille, soit à un assassin en défendant sa propre vie. Et, au milieu même de la société la plus relâchée, ne se manifeste-t-il pas une certaine répulsion contre celui qui a eu un grand nombre de duels, et surtout de duels *malheureux?* C'est qu'ici, d'une part, le mal moral, inaperçu ou peu apprécié d'abord, grossit et se perçoit de mieux en mieux à raison de la multiplicité des actes, et,

[1] Expressions des articles 327 et 328 du Code pénal.

[2] Mêmes articles. V. aussi *ibid.*, art. 329.

[3] Nous ignorons quelle est aujourd'hui, à cet égard, la conduite des chefs militaires. Ce qui est certain, c'est que la répression disciplinaire du duel a eu lieu en diverses occasions. En l'an VII, le ministre de la justice Lambrechts signalait même, comme formellement applicable au duel, la loi des 15 septembre-29 octobre 1790, relative à la discipline militaire. « Il faut cependant espérer, ajoutait le ministre, que la commission du Conseil des » Cinq-Cents, chargée de présenter un travail sur la révision des lois criminelles, s'occupera bientôt des peines à infliger à ce délit, reste immoral de » l'anarchie féodale. » (V. cette lettre dans la collection de Sirey, t. XLIX, partie 1re, p. 529.)

d'autre part, l'horreur des résultats secoue violemment et réveille les consciences. Nous ne parlons pas de ceux qu'on appelait autrefois *spadassins* ou *querelleurs de profession;* s'il en existait encore, la société n'aurait pour eux que le plus profond mépris.

Si l'on considère le duel comme moyen de châtier une injure, la conscience ne peut manquer de percevoir que la mort, ou même seulement des blessures corporelles, sont presque toujours hors de proportion avec les offenses reçues. Où d'ailleurs le simple particulier puiserait-il le droit d'infliger de tels *châtiments?* Est-ce que sérieusement il se regarderait comme investi du *droit de punir?* Cette prétention, si elle était formulée en termes exprès, ne soutiendrait pas l'examen.

D'un autre côté, si le duel est pris pour ce qu'il est réellement, c'est-à-dire pour un combat en règle que se livrent des particuliers, il n'est personne qui ne comprenne, d'une manière plus ou moins nette, qu'une guerre de cette nature, entreprise au milieu d'une société paisible et régulière, est une atteinte au bon ordre. Évidemment il serait absurde que des particuliers eussent le droit de se combattre à main armée pour des griefs que les tribunaux ont charge de redresser, ou qui n'ont pas assez d'importance légale pour que les tribunaux s'en occupent.

Le mal moral ou l'*injustice* de ce qu'on nomme le duel se révèle donc par des indices saisissants et d'un ordre pour ainsi dire vulgaire.

Il ne serait pas sérieux d'alléguer que le fait du duel est justifié par la convention libre des parties, lesquelles ont arrêté les conditions du combat et se sont soumises à des chances égales. Qu'on tire de là un argument pour prouver que le duel ne tombe pas sous l'application des lois pénales actuelles; cela se conçoit très-bien. Mais certes on n'en peut conclure que le duel soit en lui-même innocent, et que le caractère de *justice* manque aux lois qui le répriment. Les conventions des particuliers sont nulles quand elles blessent l'ordre public et la morale [1], et assurément on doit mettre dans cette catégorie la convention qui donne à un particulier le droit de disposer de la vie de l'autre. C'est pour cela qu'on a toujours poursuivi comme

[1] C. Nap., art. 6 : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, » aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

meurtrier celui qui, sur la demande d'un homme dégoûté de la vie, consent à la lui arracher. Ajoutons enfin que le suicide, proprement dit, étant un acte immoral, le législateur pourrait en incriminer la tentative[1], s'il jugeait que cette mesure dût produire de bons effets.

Une objection qui a plus de valeur et que des hommes d'une grande autorité n'ont pas dédaignée, c'est que l'usage du duel contribue à maintenir dans la société la politesse et les égards qui en font le charme, en empêchant les injures et les grossièretés de se donner un libre cours[2]. A ce point de vue, le duel serait non-seulement *justifié*, mais préconisé et en quelque sorte élevé à la hauteur d'une institution sociale[3]. Un homme de génie, qui fut à la fois administrateur et savant du premier ordre, a, dit-on, soutenu cette thèse au Conseil d'État, lors de l'examen du projet de loi de 1832, lequel aboutit à un ajournement[4]. La même opinion a été attribuée depuis à un autre éminent personnage[5]. On la trouve encore exprimée dans la discussion de la loi belge, du 8 janvier 1841. Un honorable représentant, constatant le petit nombre de morts causées annuellement par les duels, demandait si ce résultat, quelque affligeant qu'il fût pour l'humanité, n'était pas fort peu de chose *à côté du bien immense que le duel procure à la société.*

Mais cette considération est-elle aussi profonde qu'elle semble l'être au premier coup d'œil? Est-il donc vrai que les égards pour autrui, la bienveillance des manières, le respect des convenances tiennent à la pratique du duel? Il y a bien des localités, petites ou grandes, où le duel est à peu près inconnu, et où cependant toutes les qualités sociales existent à un aussi haut degré que partout ailleurs[6]. Et en France n'a-t-on pas vu

[1] Dans certains pays, on fait même le procès à la mémoire de l'homme qui s'est suicidé.

[2] M. Bérenger indique cet argument et y répond dans son rapport fait devant les Chambres réunies de la Cour de cassation. V. *Revue de législ. et de jurispr.*, t. VII (1838), p. 222.

[3] V. M. Bérenger, *ibid.*

[4] M. Cauchy (t. I, p. 419) croit qu'on a pu se méprendre sur la pensée de Cuvier, et que celui-ci n'était hostile au projet de loi que parce qu'il le trouvait illogique et incomplet.

[5] M. Guizot.

[6] M. Cauchy (t. II, p. 347 et suiv.) cite le Portugal comme présentant un exemple notable de la politesse des manières sans l'usage du duel.

la haute société devenir le modèle de la politesse et du bon ton, sous le règne de ce Louis XIV, dont la puissante volonté avait presque anéanti le duel, et que ses ennemis mêmes félicitaient d'*avoir rétabli la règle du véritable honneur et fait disparaître le faux qui était cruel et barbare*[1]? Les mœurs étaient-elles plus polies, les relations plus aimables, les convenances plus respectées sous le règne des derniers Valois ou du premier des Bourbons, alors que le duel faisait dans la noblesse française de plus grands vides que la guerre elle-même[2]? Et aujourd'hui encore, l'urbanité et les bonnes manières se rencontrent-elles moins qu'ailleurs dans les professions (comme celle des ecclésiastiques et des magistrats) auxquelles l'usage du duel est tout à fait étranger?

Nous ne voulons pas nier, sans doute, que certaines natures, à la fois lâches et malfaisantes, puissent trouver un frein dans la crainte que leur inspire le courage d'un homme d'honneur. Mais, il faut le reconnaître, ce ne sont là que de rares exceptions, comparativement à la multitude de ceux qui remplissent leurs devoirs sociaux, par principes ou par habitude, ou enfin par crainte du blâme et de la déconsidération. D'ailleurs, pour bien apprécier l'influence qu'a le duel sur les mœurs, il faudrait porter en ligne de compte le parti que de mauvaises natures peuvent en tirer. Combien d'hommes d'une moralité équivoque ou d'une probité douteuse se réfugient, pour ainsi dire, dans le duel et cherchent à s'y abriter. Ils bravent ou feignent de braver les risques d'un combat singulier pour être quittes d'un seul coup envers ceux qui se plaignent de leur conduite et envers la société dont ils redoutent le jugement. Que de mauvais sentiments, que de basses actions se sont ainsi couverts du bouclier du duel! Est-ce que tout n'était pas éclairci ou réparé dès qu'on avait (c'est le mot consacré) donné ou offert *satisfaction*[3]?

Mais admettons que, dans les relations habituelles de la vie,

[1] Témoignage rendu à Louis XIV par le réfugié protestant Basnage, dans sa dissertation historique sur les duels.

[2] Pierre de l'Estoile évalue à sept ou huit mille le nombre des gentilshommes qui périrent en combat singulier, de 1589 à la fin de 1608. (Comp. M. Cauchy, t. I, p. 142 et suiv.)

[3] J. J. Rousseau, si souvent paradoxal, ne parle-t-il pas le langage du sens commun, lorsqu'il trouve mauvais *qu'on ait toujours raison avec un homme pourvu qu'on le tue?*

le duel puisse avoir quelques bons résultats, que faudra-t-il en conclure? que les blessures volontaires, que le meurtre même résultant du duel sont pleinement justifiés? En sorte que, dans un pays civilisé, un homme pourra, sans nécessité reconnue et moyennant un simple arrangement préalable, tuer de sangfroid un autre homme; puis s'en aller tranquillement à ses affaires ou à ses plaisirs, sans que l'autorité publique ait à y trouver à redire, et sans que le fait appelle sur son auteur la plus légère punition! Évidemment ce résultat, clairement formulé, est choquant et inacceptable, et on peut hardiment prédire que jamais législateur n'osera le proclamer, quel que soit son désir d'entretenir l'agrément des relations sociales et l'urbanité des mœurs.

Ces considérations nous paraissent suffire pour démontrer la justice intrinsèque d'une loi répressive du duel. Nous en faisons ici le résumé, ce sont : 1° l'accord de tous les peuples modernes qui ont fait des lois contre le duel ; 2° le témoignage de toutes les consciences, reconnaissant d'une manière ou de l'autre que l'agent du duel encourt *une certaine responsabilité;* 3° la faiblesse des arguments présentés en faveur du duel, surtout en ce qui regarde la notion de *justice,* seul point qui nous occupe en ce moment.

Une loi sur le duel a donc une base, et, disons-le avec confiance, une base inébranlable : le reste n'est plus qu'une affaire de calcul et de mesure. Quelles sont les proportions de la faute à punir? quelle excuse cette faute trouve-t-elle dans l'entraînement de l'opinion et des mœurs? enfin quelle influence doit avoir sur la peine la gravité du mal matériel dont le duel aura été la cause? Voilà de beaux sujets d'étude pour un législateur sage, qui ne veut point frapper avec l'emportement de la passion, mais approprier à chaque délit la répression convenable. Déjà dans le Code pénal actuel on voit que, en matière de meurtre et de blessures *volontaires,* certaines circonstances prévues par la loi (causes d'*excuse*) emportent une diminution notable de la peine; et que la peine s'abaisse encore davantage lorsque l'homicide, les coups ou les blessures sont *involontaires* et ne résultent que d'une simple *faute.* Tous ces actes, punissables à des degrés très-divers, sont, dans le Code, parfaitement distingués des homicides, blessures, etc., qui ne constituent *ni crimes, ni délits,* parce qu'*aucune faute, même la plus minime,*

ne peut être imputée à l'agent [1]. Ces distinctions ne vont-elles pas s'appliquer en quelque sorte d'elles-mêmes à notre matière? car si le duel ne peut pas être *innocenté*, on y démêle néanmoins, du premier coup d'œil, la notion de l'*excuse* (atténuation de l'imputabilité et de la peine) qui trouve sa cause dans l'ancienneté et la puissance de l'opinion publique sur le point d'honneur.

Nous ne donnons ici qu'un aperçu de ces idées si importantes pour l'élaboration d'une loi sur le duel. Il y a bien des manières de troubler l'ordre social; et, entre les crimes atroces contre lesquels la loi épuise ses rigueurs et les infractions minimes dont la peine est presque inaperçue, il y a de nombreux degrés intermédiaires auxquels on peut rapporter les délits commis en matière de duel. Mais, avant d'arriver à ces détails, il faut achever de poser les bases de notre travail en montrant l'opportunité d'une loi faite contre le duel.

DEUXIÈME PARTIE.

Une loi répressive du duel est-elle opportune?

Sans nul doute, de ce qu'un acte est contraire à la justice ou à la morale, il ne suit pas nécessairement que la loi pénale doive l'atteindre. Le législateur tomberait dans l'exagération; sa haute tutelle dégénérerait en inquisition et en tracasserie minutieuse, s'il essayait de punir tout ce qui est mauvais en soi, et il userait son pouvoir dans une lutte de tous les instants avec l'imperfection humaine.

Mais des combats, des blessures, des morts violentes, ne peuvent être traités comme des faits sur lesquels il y ait lieu de se montrer facile et de fermer les yeux. Il serait par trop bizarre qu'on ne trouvât pas même dans ces actes *volontaires*, l'intérêt d'une répression de simple police, tandis que l'homicide ou les blessures causés par *imprudence*, *négligence* ou *inattention*, sont réputés *délits* et punis comme tels [2]. Dès que la vie humaine est en jeu, tout devient considérable et important.

L'expérience confirme notre assertion, puisque dans tous les

[1] V., sur tous ces points, la sect. 3, tit. 2, liv. III du Code pénal, art. 319 à 329.

[2] C. pén., art. 319.

pays le duel est l'objet de poursuites criminelles. Presque partout il est traité comme crime ou délit *sui generis* et réprimé par des lois spéciales dont beaucoup sont très-développées et très-habiles à graduer la peine d'après les circonstances du fait; en sorte que, par une singularité remarquable, la France est peut-être le seul peuple civilisé qui n'ait point de législation incontestée sur le duel. Mais, en réalité, la pratique y supplée, et, comme on sait, en partant d'un principe fort rigoureux, celui de l'application pure et simple du Code pénal ordinaire. Loin de regarder le duel comme amnistié par la loi, la Cour de cassation le traite suivant les cas, ou comme un délit, ou comme un crime. En vertu de cette jurisprudence et malgré la résistance que certaines Cours d'appel opposent de temps à autre, des mandats d'arrêt sont lancés contre les duellistes et contre les témoins; on leur applique le droit commun sur la détention préventive. Enfin de nombreuses condamnations sont prononcées, sinon par les Cours d'assises, du moins par les tribunaux correctionnels. Cette jurisprudence a de graves inconvénients sans doute, sur lesquels nous reviendrons plus tard. Nous la signalons comme un indice frappant de la force instinctive et irrésistible qui pousse la société à la répression du duel.

Nous arrivons aux objections qui ont été présentées sur cette partie de notre matière, c'est-à-dire sur l'*utilité* d'une loi faite contre le duel; car nous nous efforçons de ne rien négliger et de considérer notre sujet sous toutes ses faces.

Première objection. — Les lois sont impuissantes contre le duel; c'est ce que prouve l'histoire de l'ancienne législation française, dont les rigueurs n'ont pu dompter le préjugé.

A cela plusieurs réponses :

Remarquons d'abord que, pendant longtemps, l'impuissance des Ordonnances et des Édits sur le duel tenait à l'excès même de leur sévérité. La peine de mort y était prodiguée; elle atteignait le *simple fait de duel*, non suivi de mort ou de blessures. Les châteaux des coupables devaient être démolis, leurs futaies coupées, leur noblesse effacée. On envisageait alors le duel sous un point de vue qui n'est point celui des lois pénales modernes : les duellistes, en se faisant la guerre *sans le congé du roi*, usurpaient un des droits de la souveraineté; leur crime était celui de lèse-majesté au premier chef. On conçoit ce qu'aurait eu d'atroce l'application littérale d'une pareille théorie. De

là tant de milliers de *lettres d'abolition* accordées aux duellistes, qui pendant longtemps purent braver les Édits et jouir d'une impunité à peu près complète en face de lois draconiennes. Qu'on ne s'y trompe pas cependant; le duel avait battu en retraite et perdu presque tout son terrain; d'abord sous Louis XIII, qui, inflexible contre les coupables, abandonna aux Édits et aux Parlements les têtes les plus élevées [1]; puis sous Louis XIV qui, ayant façonné la nation au respect et à l'obéissance, retenait les plus emportés par la crainte d'une peine dont les Édits n'avaient point parlé..... celle de sa disgrâce [2].

D'un autre côté, la résistance qu'éprouvèrent jadis les lois sur le duel, prenait en grande partie son origine dans un ordre d'idées qui n'a pas d'analogue aujourd'hui. On conçoit qu'en France et ailleurs, pendant longtemps, les grands seigneurs aient tenu à ce qu'on pouvait appeler la *prérogative du duel*, signe de puissance et de noblesse, et dernière image de l'ancien droit de *guerre privée*. Pour eux, désobéir aux Édits était, jusqu'à un certain point, lutter contre l'autorité royale et faire acte d'indépendance personnelle. Maintenant tout cela est inconnu et oublié. Personne n'aura l'idée de se battre en duel bour braver la loi pénale et lutter contre le souverain. Disons même qu'en général chez nous, toute loi promulguée et connue a, par elle-même et indépendamment de la crainte du châtiment, une puissance morale très-grande. Les uns par esprit d'ordre et de régularité, les autres par instinct ou routine, suivent la règle dès qu'ils la voient tracée devant eux. Ces simples mots « la loi l'ordonne » ou « la loi le défend » sont un argument d'une grande force. Et sans nul doute, tel qui, pour ne pas donner prise à un soupçon de lâcheté, n'aurait pas osé refuser un duel, trouvera un motif péremptoire de refus dans l'autorité de la loi. Si la peine est modérée, le résultat sera bien plus sûr encore; d'abord parce qu'on ne doutera point qu'elle ne soit appliquée, et ensuite parce qu'il n'y aura plus le moindre semblant d'héroïsme à l'affronter. Nul n'est accusé

[1] On sait que Bouteville de Montmorency fut décapité en place de Grève pour s'être battu en plein jour sur la place Royale, avec deux seconds.

[2] Les duels devinrent excessivement rares sous Louis XIV. Il y a dans *les Fâcheux* de Molière une curieuse tirade où ce résultat est glorifié.—V. aussi la citation de Basnage faite plus haut, p. 428, *note* 1.

de poltronnerie pour s'être effrayé d'un emprisonnement correctionnel.

Mais on insiste, et on dit : si une loi répressive du duel était possible en France, comment concevoir que, depuis 1789, on n'ait pu la faire, et que même, dans aucun code français, depuis cette époque, le mot de *duel* n'ait été prononcé? Et certes ce n'est pas que l'attention des gouvernants et des assemblées n'ait été appelée sur cet objet, car maintes fois des motions ont été faites ou des projets de loi présentés contre le duel. Ce silence persistant du législateur, depuis une époque très-éloignée, et sous tant de régimes différents, n'indique-t-il pas l'impuissance de rien faire sur le duel qui soit praticable et satisfaisant?

En ce qui a trait à notre première révolution, M. Cauchy fournit des documents qui expliquent l'omission du duel dans les lois pénales de cette époque [1]. « C'était un parti pris, dit-il [2], de » laisser agir les mœurs dans une matière où les lois avaient » comme épuisé leur énergie. Peut-être aussi, à cette époque où » la législation et la philosophie se tendaient la main, avait-il » paru convenable d'abandonner à celle-ci l'honneur d'une ré- » forme qui paraissait alors toute simple. »

En effet, les cahiers des bailliages, en 1789, ne contenaient qu'un petit nombre de vœux pour la répression du duel. On pensait alors et on répétait avec complaisance qu'un préjugé gothique, un usage barbare, introduit dans des siècles d'ignorance, ne durerait pas au grand jour de la raison et de la philosophie. Ce jour était arrivé; déjà on en voyait poindre l'aurore. Le duel, disait-on, appartient en propre à la noblesse; c'est une maladie inhérente au régime des castes et des prérogatives; il va disparaître avec les derniers débris du régime qui lui a donné naissance [3].

On sait que toutes ces illusions durèrent peu, et que le duel, jadis concentré dans une certaine classe de la société, au lieu de se restreindre de plus en plus et de disparaître, s'est, au contraire, étendu de proche en proche, s'infusant pour ainsi dire dans le corps social tout entier. Plus tard, les grandes

[1] T. I, p. 256 et 257.

[2] P. 257.

[3] V. dans M. Cauchy (t. I, p. 260) une réponse faite par Chassey, président de l'Assemblée nationale. — V. aussi le même, *ibid.*, p. 268.

guerres de la République et de l'Empire enlevèrent au mal, pour un temps du moins, une partie de sa violence; l'esprit belliqueux et ardent de la nation trouvait un ample aliment sur les champs de bataille de l'Europe. Mais à la paix générale, on retrouva le duel opiniâtre et vivace.

Tous ces faits servent à expliquer pourquoi la question du duel n'a été sérieusement mise à l'étude que depuis la Restauration : car, à partir de 1819, elle n'a presque cessé de préoccuper les pouvoirs publics, jamais résolue, mais de mieux en mieux préparée à recevoir une solution; et dès 1819 ont été posés les vrais principes de la matière, principes que nous développerons plus loin. Nous avons vu déjà que la Révolution de 1830 arrêta le cours de ces tentatives; et bientôt la jurisprudence, en appliquant au duel la pénalité du droit commun, a paru diminuer l'urgence d'une loi spéciale. Ceci nous mène à examiner une autre objection (toute différente de celle qui précède) contre l'*opportunité* de la loi.

Deuxième objection. — La loi contre le duel est toute faite; on la trouve dans les articles du Code pénal, qui punissent l'homicide et les blessures volontaires, ainsi que l'a expliqué la jurisprudence. Voir dans le duel un délit *sui generis*, afin de le soustraire à la rigueur du droit commun, c'est faire une concession fâcheuse à un préjugé sanguinaire; c'est vouloir tenir le milieu entre la vérité et l'erreur, entre le bien et le mal.

Ceux qui tiennent ce langage, on le voit, simplifient beaucoup la question; recherches antérieures, projets, lois étrangères, tout devient inutile à consulter. Ce que tant d'hommes d'État et de criminalistes ont regardé comme une œuvre si importante et si désirable, *la législation du duel*, est superflu ou même dangereux. Presque tous les peuples civilisés de l'Europe et de l'Amérique sont tombés dans une erreur grave en réglementant à part la matière du duel. C'est aussi à tort que chez nous, depuis trente années, le Gouvernement, le Conseil d'État et les assemblées délibérantes ont proposé, examiné, discuté des projets de loi sur le même objet! Nous ne croyons pas que ce moyen de trancher la question puisse supporter un examen sérieux.

Il est remarquable que dans les discussions sur le duel auxquelles ont pris part tant d'hommes éminents, de 1819 à 1829, personne n'a jamais proposé, comme bonne en elle-même, l'ap-

plication pure et simple du *droit commun* sur l'assassinat, le meurtre, les coups et les blessures volontaires. Tout le monde s'est accordé en ce point que le duel et les circonstances qui s'y rattachent sont des faits *sui generis* auxquels il faut adapter des règles spéciales. Telle est encore la pensée de tous les écrivains modernes qui ont traité la question. Dans cette assemblée et dans la précédente, toutes les propositions sur le duel et les motifs présentés à l'appui ont été conçus dans le même esprit[1]; et enfin, nulle difficulté sur ce point ne s'est élevée au sein de la commission dont je suis l'organe en ce moment.

Qui pourrait nier qu'un tel accord de vues ne soit du plus grand poids dans la question, et ne rende suspecte la *fin de non-recevoir* qu'on voudrait tirer de l'existence du Code pénal, pour repousser une loi spéciale sur le duel?

Mais laissons les autorités ; examinons les résultats, et signalons les obstacles de tout genre que rencontre l'application du droit pénal ordinaire aux faits de duel.

D'abord, cette interprétation du Code pénal a peu de partisans dans la doctrine : presque tous les auteurs la combattent ; plusieurs Cours s'obstinent à la rejeter. Des motifs que pendant si longtemps la Cour de cassation elle-même a développés dans ses arrêts pour démontrer que le duel n'est prévu par aucune loi pénale, ces motifs, disons-nous, sont reproduits par les Cours dissidentes, en sorte que, pour les réfuter, la Cour suprême est obligée de combattre pied à pied tous les arguments qu'elle donnait autrefois. Certes, à ce point de vue déjà on ne peut regarder un pareil état de choses comme satisfaisant.

De plus, cette jurisprudence de la Cour de cassation chancelle constamment dans sa marche ; elle n'ose être logique et tirer franchement les conséquences des principes qu'elle pose. Par exemple, si le fait de tuer son adversaire en combat singulier doit être qualifié *meurtre prémédité* ou *assassinat*, il est évident que la tentative des mêmes faits est une tentative de crime, que la loi punit comme le crime même[2]. Et pourtant combien de duels, d'une publicité notoire, dont les détails se

[1] Nous devons cependant indiquer comme conçu dans un autre ordre d'idées le rapport, très-intéressant d'ailleurs, présenté par M. Chégaray au nom de la commission d'initiative, le 8 décembre 1849, sur les propositions : 1° de MM. Gavini et Failly ; 2° de M. Bouzique ; 3° de M. Remilly.

[2] C. pén., art. 2.

trouvent même dans les journaux, et dont le parquet ne s'est nullement ému, parce qu'il n'y avait eu ni mort d'homme ni blessures! Nous ne voyons pas cependant que la justice ménage les malfaiteurs ordinaires qui ont essayé de tuer et qui ont manqué leur coup.

De même encore, lorsque le duel a causé des blessures légères, on n'envisage que le résultat, non l'intention, et on traduit les parties devant le tribunal correctionnel. Mais souvent aussi les prévenus s'efforcent d'aggraver les charges qui pèsent sur eux, et demandent à être poursuivis non pour délit, mais pour crime, leur but étant d'obtenir le bénéfice de la Cour d'assises et du jury, c'est-à-dire de l'acquittement.

Quant aux témoins du duel, rien de fixe, rien d'uniforme. Parfois on les traite comme complices; d'autres fois on les décharge de toute inculpation. En somme, nous le répétons, la jurisprudence est placée sur un terrain mouvant; elle s'y trouve mal à l'aise, elle y marche à tâtons et n'a pas confiance en elle-même.

Nous avons cité plus haut les décisions des deux Assemblées nationales qui ont siégé depuis 1848, lesquelles ont constamment refusé d'accorder des autorisations de poursuites contre des représentants, pour cause de duel. Qui ne voit quelle perturbation morale résulte d'une pareille divergence de vues entre les dépositaires de l'autorité publique?

La pénalité qui est aujourd'hui mise en pratique chez nous contre le duel est donc, non pas seulement toujours contestée et précaire, mais souvent illogique et inefficace. En présence de tant d'inégalités et d'incertitudes, le législateur n'a plus de motifs plausibles pour s'abstenir. Une loi est nécessaire pour débrouiller ce chaos et donner à la répression du duel ce qui lui manque : la mesure et la régularité.

Dans ces deux premières parties, nous croyons avoir démontré qu'une loi contre le duel, *juste* dans son principe, est, en outre, *utile* et *opportune*, et que la jurisprudence actuelle ne peut y suppléer. Quelle doit être cette loi? C'est ce qui nous reste à examiner dans les deux parties suivantes.

TROISIÈME PARTIE.

Quelle doit être la répression du duel?

Le duel a été attaqué avec indignation dans bien des écrits où la logique a déployé toute sa vigueur et parfois l'éloquence tout son éclat. Mille fois ce thème a été reproduit, et on peut être à peu près sûr qu'on n'imaginera rien de nouveau pour mettre en lumière la barbarie, l'injustice et l'absurdité du duel. Certes pour l'habitant de quelque région lointaine, qui serait transporté au milieu de nous, ignorant de notre histoire, de notre société, de nos usages, le duel ne paraîtrait mériter ni indulgence ni ménagements.

Mais la solution du problème ne se trouve pas, tant s'en faut, dans les seules généralités du bon sens et de la morale; d'autres données sont à étudier, qu'on ne peut négliger sans s'exposer à de graves mécomptes. Ce qui l'indique tout d'abord, c'est un fait plus irrésistible que toutes les théories : celui de la conscience publique, qui s'obstine à ne pas confondre le duel loyal avec le meurtre et l'assassinat. Ce sentiment si énergique est en même temps si universel que nul, à vrai dire, ne s'en dégage complétement.

Consultez presque au hasard notre littérature, cette *expression de la société*, vous y verrez partout le duel traité comme un usage enraciné dans les mœurs et imposé par l'opinion. Qui ne sait combien est fréquente l'introduction du duel comme ressort dramatique dans les pièces de théâtre et dans les romans? Tel chef-d'œuvre de la scène française va rouler en entier sur l'intérêt qu'inspire, non pas celui qui succombe, mais celui qui triomphe dans un combat singulier. Les femmes pour lesquelles, ou à l'occasion desquelles, tant de ces combats ont eu lieu, n'ont pas manqué d'exercer leur large part d'influence sur cette manière d'entendre et de pratiquer l'honneur. Sans doute, en ce point comme en d'autres, les mœurs se sont fort adoucies; nous n'avons plus de *raffinés* comme au temps de Henri III ou de Charles IX, et les susceptibilités extravagantes de cette époque ne seraient plus tolérées par l'opinion. Mais le fond, l'essence du préjugé est demeuré inaltérable. Il en est du duel à peu près comme de la guerre entre les nations, que l'on ne prodigue plus comme autrefois, que l'on écarte ou retarde à force de

soins et de négociations, mais qui est toujours en réserve pour les nécessités extrêmes et comme dernier moyen (*ultima ratio*). De même, l'opinion actuelle réprouve les abus du duel, mais en retient le principe. On ne manque guère de s'en apercevoir dans tous les cas où la gravité des faits paraît imposer un recours à ce qu'on appelle toujours les lois de l'honneur.

La même situation morale, ou à peu près, se retrouve dans le reste de l'Europe, ainsi que dans les pays civilisés des deux Amériques. Partout l'observateur peut reconnaître un certain courant d'idées et de sentiments favorables au duel. Et remarquez bien que partout, en même temps, on s'empresse de rendre hommage aux principes de la religion et de la morale. Comment expliquer cette bizarre coïncidence de doctrines qui semblent se contredire et s'exclure?

En réalité, tout s'explique par l'influence traditionnelle d'un état de choses qui a péri, mais qui a laissé son empreinte dans l'état de choses actuel. Bien des usages subsistent ainsi comme débris ou vestiges du passé, au milieu d'une civilisation qui par elle-même ne leur aurait jamais donné naissance.

Nous pensons avec M. Cauchy, que ce n'est pas à l'ancien combat judiciaire qu'il faut remonter pour découvrir l'origine du duel des temps modernes. Sans nul doute le duel judiciaire a joué un grand rôle au moyen-âge. Les peuples, dans la naïveté de leur foi, l'appelaient *le jugement de Dieu*. Aussi les formes en étaient-elles réglées avec soin. Les rois y présidaient quelquefois, et même, à une certaine époque, malgré l'autorité des saints canons [1], on l'a vu ordonné par des juges ecclésiastiques. Mais cette institution singulière n'a eu qu'une influence minime, si elle en a eu aucune, sur le duel tel qu'on l'entend aujourd'hui. L'attente du *jugement de Dieu* n'est nullement (à part des circonstances extraordinaires) ce qui dirige la conduite des duellistes et des témoins et ce qui préoccupe leurs pensées.

La véritable origine du duel se trouve dans les guerres privées, par lesquelles les seigneurs vidaient leurs querelles d'intérêt ou d'ambition. Le droit de guerre flattait vivement

[1] V. à ce sujet les citations faites par M. Cauchy, t. I, p. 40 et suiv. — Le savant auteur rappelle ce passage de Montesquieu : « Dès avant le règne de » saint Louis, il était admis en principe *qu'il n'y avait point de combat dans* » *les affaires qui se décidaient par le droit canonique.* »

leur orgueil; faire la guerre pour son propre compte était un signe frappant d'indépendance et, par conséquent, de noblesse au premier chef[1]. Plus tard, lorsque l'autorité royale eut dominé, puis absorbé les autres, un dernier vestige des guerres privées subsista dans le duel. Joignez à cela le mépris des nobles pour la pratique judiciaire, leur répugnance à se soumettre aux décisions des gens de loi, et on comprendra que, dans les rangs de la noblesse, il fût passé en maxime qu'une injure personnelle appelait une réparation par la voie des armes. Cette pratique réunissait tout ce qui peut flatter l'orgueil de nom et de race : elle servait à faire preuve d'indépendance personnelle, de courage et de mépris de la vie, et enfin d'une délicatesse particulière de sentiments. De même que l'autorité publique avait présidé jadis aux *combats judiciaires*, de même, à une autre époque, on vit les rois de France donner aux gentilshommes *congé* de se battre en duel et assister au combat avec leur cour. Mais le combat alors n'avait plus rien de *judiciaire;* ce n'était plus qu'un moyen honorable de vider une querelle qui ne pouvait être de la compétence des tribunaux[2].

Plus tard, que prétendaient faire les rois de France, lorsque, renonçant à jamais autoriser le duel, ils lui opposaient la barrière d'une législation impitoyable? Nous l'avons déjà dit, ils traitaient le duel comme *crime politique*. Pour eux, le duelliste était un rebelle qui usurpait un attribut de la souveraineté. Les innombrables remises de peines arrachées à la bonté ou à la faiblesse des souverains par les parents et les amis des duellistes étaient autant de pardons octroyés à des hommes coupables de lèse-majesté[3]. On voit dans les mémoires de ces temps avec quelle impatience la noblesse supportait *l'oppression des édits*, et se plaignait qu'on l'empêchât de faire à son gré *profession du point d'honneur*. L'idée d'un meurtre odieux, d'un lâche assassinat était bien loin de ces âmes fières, parfois douées de grandes vertus et souvent, chose remarquable, sincèrement attachées à la religion[4].

[1] « Autre que gentilhomme ne peut guerroyer, » dit Beaumanoir.

[2] « Il n'y a plus, dit Étienne Pasquier, que le roy qui puisse décerner les » combats, et encore entre gentilshommes, lesquels font profession expresse » de l'honneur; *car il n'est plus question de crimes*, mais seulement de se ga- » rantir d'un desmentir quand il est baillé. » (*Des recherches*, liv. IV, ch. 1).

[3] On peut en trouver les chiffres dans M. Cauchy, t. I, p. 142 et 191.

[4] Il est curieux de voir dans les mémoires du duc de Saint-Simon (ch. 10)

Nous avons dit que, après la révolution de 1789, les idées de la noblesse sur le duel, au lieu de s'éteindre, comme on l'avait cru d'abord, gagnèrent le reste de la société, notamment ce qu'on nommait la bourgeoisie. L'ancienne *guerre privée*, dégénérée au dernier point et réduite aux plus mesquines proportions, fut de mode entre gens de toutes classes, et chacun se mêla de faire *profession du point d'honneur;* ainsi le voulait l'égalité. Et, en cherchant bien, on en retrouve même quelques traces chez les classes ouvrières, dans certaines luttes, régularisées par des conventions préalables et par l'intervention des témoins. Mais on a dédaigneusement refusé le nom de *duel* à ces sortes de combats, parce qu'ils n'ont pas lieu avec des *armes* proprement dites; par suite, la jurisprudence leur a invariablement appliqué la loi commune en matière de meurtre et de blessures volontaires[1].

C'est donc à un très-ancien ordre social que se rattache la pratique du duel, et par une série non interrompue de traditions et de faits. On ne peut donc plus s'étonner qu'une foule de personnes, recommandables par leur probité, leur délicatesse et leur mérite, concourent à accréditer le duel par leur langage, et, au besoin, par leur exemple.

Nous exceptons toujours, bien entendu, et le clergé, interprête de la doctrine qui n'a jamais cessé de condamner le duel, et la magistrature, toujours empressée à le flétrir, et aussi quelques autres qui se roidissent contre le torrent et trouvent un point de résistance dans la fermeté de leurs principes. Et encore parmi ces derniers combien qui dans des occasions graves délaisseraient leur doctrine et se laisseraient aller au courant de l'opinion et des mœurs!

Mais ce n'est pas tout; scrutez la conduite des hommes *quels qu'ils soient*, les plus opposés au duel, et examinez si jamais, dans la pratique, ils le confondent avec *le meurtre* et *l'assassinat.* Ne les voit-on pas fréquenter l'homme qui a eu un duel, s'asseoir à sa table, vivre dans sa familiarité? Des faits de ce

la complaisance qu'il met à raconter un duel de son père, duel arrangé d'avance sous forme de *rencontre* (querelle fortuite) à la porte Saint-Antoine. Et cependant Saint-Simon ne cesse de vanter la haute vertu et la piété de son père, et on sait que lui-même était profondément religieux.

[1] Comp. le rapport de M. Bérenger, *Revue de législation et de jurisprudence*, t. VII, p. 231.

genre frappent nos regards à chaque instant. C'est qu'on ne peut s'isoler du milieu moral et intellectuel dans lequel on vit; c'est que la pensée intime de l'individu reçoit toujours, même à son insu, l'impression de la pensée générale; c'est qu'une sorte d'instinct dit à tout le monde (comme l'étude des faits le dit à l'observateur) qu'en réalité le duel n'est qu'une *guerre privée* avec la condition particulière de l'égalité absolue des armes. Que de fois les combattants ne sont mus par aucune passion basse et honteuse! La plupart du temps ce qui les anime n'est qu'un sentiment, très-exagéré sans doute, mais honorable en lui-même : celui de protéger leur dignité personnelle contre ce qui pourrait la flétrir.

Dans un pareil état de choses, comment refuserait-on, nous ne disons pas d'*absoudre*, mais d'*excuser* l'homme qui a cédé à l'influence de l'opinion sur le duel? Lui est-il donc si facile de s'affranchir de l'autorité d'usages séculaires, et de se dégager de notions dont il a été imbu depuis son enfance? Tout se réunit évidemment pour fasciner son intelligence et sa volonté : discours et exemples de ses amis, de ses proches, parfois de ses supérieurs, de tous ceux avec lesquels il est en perpétuel rapport d'idées et de sentiments.

La société doit évidemment se montrer indulgente pour ceux dont la faute tient à ce qu'ils ont parlé son langage, suivi ses impulsions, en un mot, vécu de sa vie. Ne blesserait-elle pas la justice si elle frappait d'une main inflexible des actes qu'elle-même a provoqués par l'influence de ses mœurs?

Ces considérations, n'en doutons pas, sont la clef de la tolérance que les plus rigoristes montrent à l'endroit du duel. Ils savent bien que c'est un mal; mais ils voient aussi que ce mal règne dans la société à l'état d'épidémie. Ils ne nient pas la responsabilité de l'agent du duel, mais ils sentent que cette responsabilité ne doit pas être entièrement à sa charge.

De là encore les longues hésitations de la magistrature, et la répugnance constante du jury à s'associer à des mesures trop rigoureuses. Ajoutons enfin [1] que la jurisprudence nouvelle de la Cour de cassation a pris naissance depuis que la révision du Code de 1810 [2] a largement étendu le bénéfice des circonstances

[1] V. M. Cauchy, t. I, p. 429.
[2] En 1832.

atténuantes en matière pénale. Grâce à ce moyen d'indulgence, les magistrats se sont trouvés plus à l'aise dans la poursuite des duels. Mais cette considération devait être insuffisante pour entraîner le jury, surtout si l'on songe que presque toujours, malgré l'admission des circonstances atténuantes, les peines résultant de ses verdicts auraient été d'une nature extrêmement grave [1]. Quant à celles que les tribunaux correctionnels appliquent aux simples *délits* de duel, le public et les condamnés même les acceptent sans murmure; nouvelle preuve de ce que nous avons dit plus haut, en établissant *la justice* d'une loi pénale sur le duel. La conscience publique ratifie toujours la peine appliquée à un fait injuste et mauvais en soi, pourvu que cette peine ne soit point exagérée, et qu'on ait égard aux causes d'atténuation et d'excuse.

Répression modérée du duel; cette formule déjà présentée au début de ce rapport, doit en être le résumé et la conclusion. Elle a été proclamée par les auteurs des projets de 1819 et de 1829, et on la retrouve au fond de presque toutes les législations modernes [2]. Quiconque cherche un résultat pratique doit, sans hésiter, la prendre pour devise. C'est ce que nous avons fait, et il nous reste maintenant à exposer le plan et les détails de notre projet de loi. A. VALETTE.

(*La suite au cahier de janvier.*)

[1] Travaux forcés à perpétuité, travaux forcés à temps, réclusion.— V. Code pénal, art. 463.

[2] V. notamment, en ce sens, les législations de la Louisiane (États-Unis), de la Belgique, de la Sardaigne, de l'Autriche, de la Prusse, de divers États allemands (Bavière, Saxe, Wurtemberg, etc.), à la fin du tome II de M. Cauchy.

DE LA RÉFORME DE NOS LOIS QUI RÉGISSENT LE TAUX DE L'INTÉRÊT ET DU DÉLIT D'USURE.

Par M. Koenigswarter, membre correspondant de l'Institut.

Lorsque l'Assemblée législative, en 1850, a renchéri sur les dispositions pénales de la loi du 3 septembre 1807, en punissant de la peine d'emprisonnement l'usure habituelle qui jusque-là n'entraînait que des amendes, nous avons été de ceux qui ont vivement blâmé la loi du 19-27 décembre 1850. Les législateurs de cette époque, en heurtant aussi ouvertement les principes de la science économique qui réprouve toute intervention de la loi dans le règlement du prix des choses, ont cédé en effet à deux courants d'opinions également répréhensibles. La droite de l'Assemblée était dominée par des réminiscences du moyen-âge, par des souvenirs de lois canoniques peu appropriées aux besoins de notre époque; tandis que la gauche, redoutant à tort les clameurs de la multitude, s'est laissée entraîner par cet esprit étroit contre la richesse, qui a dicté si souvent dans les républiques grecques et romaines la réduction des intérêts, voire même la spoliation des prêteurs en annulant violemment les dettes du peuple.

Une mauvaise loi ne saurait durer dans un pays éclairé comme la France; et pour celle qui a réglé le taux de l'intérêt, un concours extraordinaire de faits économiques nous a conduits aujourd'hui à une situation, où la force des choses l'a virtuellement abrogée. Depuis que les nouveaux statuts de la Banque de France ont permis à cet établissement d'élever le taux de l'intérêt au-dessus de 6 p. 100, taux légal fixé par les lois de 1807 et de 1850, et que les crises monétaires qui affligent les deux hémisphères ont forcé la Banque à élever le taux de ses escomptes et de ses avances jusqu'à 8 et 10 p. 100; le taux légal en matière de commerce n'existe plus, car les caves de la Banque de France étant le réservoir principal où puisent les autres établissements de crédit et les banquiers pour prêter à leur tour au commerce et à l'industrie, il est évident qu'ils ne peuvent livrer à *six* la *marchandise* qui leur coûte *huit* ou *dix*. Aussi les chambres de commerce de l'empire viennent d'élever

leurs justes clameurs pour que le gouvernement intervienne par la voie législative afin de faire cesser cet état de choses. Le danger actuel n'est pas pour nous dans la position des banquiers et escompteurs, car à une poursuite judiciaire ils n'auraient qu'à opposer l'axiome de droit : « *Impossibilium nulla obligatio*. A l'impossible nul n'est tenu. » Le péril est selon nous dans ce que la majesté des lois reçoit une rude atteinte quand les citoyens peuvent ainsi braver impunément les dispositions législatives en vigueur. Il est donc évident que la question du maximum de l'intérêt de l'argent va se présenter de nouveau devant le Corps législatif. Apportons notre pierre à cette œuvre.

Si la question devait être résolue par la science pure, il n'y a pas de doute que toutes dispositions législatives sur ce point devraient être retranchées de nos lois, comme elles le sont du reste en Angleterre, en Hollande, aux États-Unis, où la liberté des transactions en matière de prêt à intérêts est respectée par les lois.

En effet, les principes économiques réclament impérieusement que le prix des choses soit le résultat libre de l'offre et de la demande; or le capital est un objet de commerce, une marchandise comme le vin, le fer, les céréales : l'intérêt des capitaux en représente le loyer, et doit par conséquent être réglé par l'offre et la demande. Mais le terrain sur lequel nous nous plaçons, et où doit se placer tout législateur, est le terrain de la science économique appliquée, qui ne tient pas uniquement compte des principes scientifiques, mais qui doit aussi prendre en considération les lois existantes, les mœurs et jusqu'à un certain point l'opinion des masses. Ne voyons-nous pas dans une foule de questions le législateur pratique prendre un moyen terme, une voie de transaction entre la théorie et les faits? Et ceux qu'on qualifie de radicaux et de révolutionnaires, que font-ils autrement, que trop dédaigner les faits qui existent, en voulant appliquer dans la pratique, sans transition aucune, et au péril d'une secousse formidable, des théories qui le plus souvent sont basées sur la plus stricte justice et la morale la plus pure?— Les réformes valent mieux que les révolutions en toutes choses et partout.

Il en est de même dans la question qui nous occupe. Appliquer le principe absolu de la science qui veut la liberté illi-

mitée dans les transactions, et qui a horreur du *maximum*, ne serait pas aujourd'hui praticable à cause du manque d'éducation des masses en fait de doctrines économiques. Ce serait heurter de front cette opinion peu favorable qui souffle à l'égard de l'argent, ou pour mieux dire à l'égard de ceux qui le *possèdent*, ou qui le *manient* comme on dit aujourd'hui; opinion qui a pris sa source dans le respect du travail et dans le mépris du jeu, mais qui donnant aliment à l'un des défauts les plus communs de l'homme, à l'envie, menace de déborder, et finira par mener tout droit, si on n'y met prompt ordre, à la guerre de celui qui ne possède rien contre celui qui possède. Les pouvoirs publics ont montré à différentes reprises, qu'ils n'ont pas su se mettre à l'abri de ce souffle hostile; ne leur demandons par conséquent que ce que nous pouvons raisonnablement en attendre.

Nous écartons donc également l'opinion qui veut abolir d'un même trait de plume nos dispositions législatives sur le taux de l'intérêt et sur l'usure, comme celle qui voudrait le maintien pur et simple des lois existantes. Ce que nous proposons est une sage transaction, basée sur des distinctions fondamentales, et ratifiée déjà en partie par quelques législations étrangères.

La première distinction que nous voudrions voir établie, c'est la séparation entre les affaires civiles et commerciales. Le commerce ne vit que de liberté, et l'individu qui s'adonne à l'industrie ou au commerce est censé avoir assez d'intelligence pour défendre lui-même ses intérêts vis-à-vis du tiers avec lequel il traite. Donc, chaque fois qu'il n'y aura ni dol, ni fraude, ni escroquerie, et que dans une affaire commerciale un intérêt quelconque aura été stipulé par les deux parties, il est à supposer que chacune d'elles a contracté dans le but de gagner (*lucri faciendi*), et que celui qui a consenti à payer 8 p. 100, par exemple, des capitaux qu'il emprunte, pense retirer un revenu plus fort encore des sommes employées.

Demandez dans les temps difficiles à un fabricant, à un négociant intelligent ce qu'il préfère, que la Banque de France, régulatrice suprême du taux de l'intérêt, élève le taux de l'escompte en acceptant largement les bordereaux d'effets, ou bien que conservant pour la forme le même taux, elle refuse son aide, soit en réduisant les échéances ou les bordereaux mêmes présentés à l'escompte. Ce que le négociant, le fabricant de-

mande en temps de crise, c'est de l'argent à quelque prix que ce soit, car le refus de la part des institutions financières et des banquiers et escompteurs, c'est la ruine de son honneur, c'est le chômage de sa fabrique, ce sont ses ouvriers jetés sans travail sur le pavé. Il y a dans les couches inférieures du commerce des faits bien plus frappants. On a constaté que les petits marchands qui détaillent des vivres à Paris, payent un intérêt de 360 p. 100 des sommes qui leur sont nécessaires pour exercer leur industrie; ils empruntent une pièce de cinq francs par jour, et payent un revenu quotidien d'un sou.

Eh bien! ce scandaleux prêt, qui forme une branche de spéculation sur le carreau des halles, est cependant un bienfait pour ces pauvres gens, qui sans cela seraient obligés de mendier au lieu de gagner leur vie par le travail. D'ailleurs, le taux de l'intérêt ne représente pas seulement la valeur locative de la somme prêtée, mais encore le risque que court le prêteur de ne pas être remboursé; la solvabilité de l'emprunteur est une des chances commerciales. La loi française a parfaitement reconnu dans une espèce, que la chance du remboursement devait entrer en grande considération : c'est lorsque dans le prêt à la grosse elle a permis aux parties de stipuler tel taux qu'il leur conviendrait; le législateur a eu beau cacher sous les mots de *profit maritime* (art. 311 C. comm.) l'accroc qu'il faisait au principe posé par la loi de 1807 sur le taux de l'intérêt, il a trahi la vérité en se servant dans les articles 318 et 320 du mot *intérêts*. Or, ce que le législateur français a fait pour le prêt à la grosse, nous demandons qu'il veuille bien le faire pour tout acte de commerce, en n'astreignant plus les parties à un taux fixé par la loi.

Ici une difficulté se présente, le libre taux de l'intérêt sera-t-il applicable en matière commerciale seulement, quelle que soit la qualité des contractants, ou bien à tout individu commerçant, quel que soit le but pour lequel on ait eu recours à l'emprunt? Les récents Codes criminels de l'Allemagne, qui conformément à notre doctrine, ont élagué le délit d'usure en fait de transaction commerciale, ont diversement résolu la question. Les législations d'Autriche [1], du royaume de Saxe [2] et du duché de Brunswick [3] excluent l'usure quand la transaction elle-même a

[1] C. pén. de 1803.
[2] C. pén. de 1838, art. 293-301.
[3] C. pén. de 1840.

été commerciale, celles de Wurtemberg [1], de Hanovre [2] et de Nassau [3], quand l'emprunt a été fait par des personnes qui peuvent souscrire des lettres de change. Pour la France, il nous semble que l'article 631 réglant la compétence des tribunaux de commerce, donne la règle à suivre; en effet, les rédacteurs du Code de commerce, après quelques hésitations [4], ont rejeté un principe absolu et refusé de déclarer que la compétence serait exclusivement déterminée, soit par la qualité des personnes qui sont parties au procès, soit par la nature du fait même qui a donné lieu à la contestation. « Les tribunaux de commerce, dit l'article 631 du Code de commerce, connaîtront :

» 1) De toutes contestations relatives aux jugements et transactions entre négociants, marchands et banquiers;

» 2) Entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce. »

En lisant cette disposition, on serait tenté de croire que la compétence des tribunaux consulaires est à la fois personnelle et réelle, ou comme diraient les jurisconsultes d'outre-Rhin, à la fois subjective et objective. Il n'en est pas cependant ainsi. En ce qui concerne les négociants, marchands et banquiers, la juridiction commerciale n'est compétente que s'il s'agit d'actes de commerce, seulement il y a dans ce cas présomption légale, à cause de la qualité des parties, que l'acte est commercial sauf preuve contraire; tandis qu'entre personnes non commerçantes, l'acte est présumé civil, sauf à prouver par la partie intéressée qu'il est commercial.

Ce sont ces mêmes règles fixées aujourd'hui par une jurisprudence constante, que nous croyons devoir être appliquées à la question de savoir si le taux de l'intérêt doit rester libre et à la discrétion des parties.

Abordons maintenant le terrain du prêt en affaire civile. Les motifs qui militent pour la liberté du taux de l'intérêt étant moins impérieux dans les relations non commerciales, nous admettons que la loi civile prescrive une limite au taux de l'intérêt, quoique, nous le répétons, ce soit une concession que nous faisons à des habitudes et à des préjugés séculaires. Encore faudra-t-il

[1] C. pén. de 1839, art. 355.
[2] Loi du 25 mai 1847, art. 287 et suiv.
[3] C. pén. du 14 avril 1849.
[4] V. Locré, *Esprit du Code de comm.*, t. VIII. p. 209 et suiv.

bien convenir que cette soi-disant protection de l'emprunteur tournera souvent à son détriment. Car comment le propriétaire-agriculteur pourra-t-il se procurer des fonds sur hypothèque à un taux que l'officier ministériel ne pourra dépasser, quand la pénurie des capitaux ou les besoins du commerce auront fait monter la *valeur locative* du capital au delà du taux fixé par la loi?

Ce cas se présente en ce moment même, où le taux commercial est au-dessus de 8 p. 100, où tout prêt hypothécaire est par conséquent impossible, puisqu'aucun notaire ne peut stipuler un intérêt supérieur à 5 p. 100.

Une question est celle de savoir s'il ne faut pas laisser aux parties une certaine latitude, et ne pas fixer au même taux l'intérêt légal et l'intérêt conventionnel, comme l'a fait notre loi du 3 septembre 1807. Car, à vrai dire, d'après notre législation, l'intérêt conventionnel n'existe pas, en ce sens qu'il ne peut jamais excéder le taux légal; or, il n'y avait pas besoin de dire que les parties pouvaient convenir d'un taux moindre, cela allait de soi-même; qui peut le plus, peut le moins.

Ce que nous proposons a déjà été réalisé par plusieurs législations. Le Code de la Louisiane (art. 2895) établit à 5 p. 100 l'intérêt légal ou judiciaire, et à 10 p. 100 le taux conventionnel. Le Code civil autrichien fixe l'intérêt légal à 4 p. 100, et limite le taux conventionnel à 5 p. 100 quand il y a un gage, et à 6 p. 100 quand il n'en existe pas (art. 993-5). Cette dernière distinction mérite toute attention; elle témoigne de ce que la loi autrichienne prend en juste considération les chances diverses et le plus ou moins de sécurité du prêteur. Dans tous les cas, nous voudrions que la loi française laissât un écart entre le taux légal et la limite du taux conventionnel.

Une fois le principe admis, qu'en matière civile la loi impose une limite au taux conventionnel, nous ne voudrions pas cependant qu'elle aille jusqu'à déclarer acte punissable le simple fait d'avoir, sans dol ni fraude, et avec pleine connaissance de l'emprunteur, stipulé des intérêts supérieurs. Les criminalistes italiens, ainsi que les Codes récents de l'Allemagne, font une distinction essentielle entre cet acte qu'ils appellent l'usure simple, et l'usure frauduleuse ou déguisée (*usura vestita*, *verkleideter wucher*), qui consiste à tromper l'emprunteur, soit en dissimulant les conditions usuraires sous une apparence légale

et licite, soit en lui cachant l'étendue des sacrifices imposés. Cependant la majorité des nouveaux Codes d'outre-Rhin ne se contente pas de punir cette dernière catégorie, la seule qui selon nous devrait tomber sous l'action de la loi pénale, mais elle punit encore l'usure simple, telle que nous venons de la définir; et sur ce point nous les blâmons vivement, quoique plusieurs Codes [1] ne rangent l'usure simple que parmi les contraventions de police, et que la plupart n'édictent que des peines pécuniaires [2].

Ce sont les législations de la Bavière [3] et du grand-duché de Bade [4] qui, selon nous, ont réalisé un important progrès en matière d'usure. Les Codes criminels de ces pays ne font plus figurer parmi les actes punissables l'usure simple, c'est-à-dire l'acte de prendre sans dol ni fraude, ouvertement et avec le plein assentiment de l'emprunteur, des intérêts supérieurs à la limite fixée par la loi; ce n'est d'après ces législations qu'un fait illicite auquel la loi refuse sa sanction, comme le jeu et le pari dans nos Codes. Cet important progrès nous voudrions qu'il fût réalisé également par la loi qui doit intervenir chez nous; de cette façon les intérêts dépassant le taux fixé en matière civile, ne pourraient jamais donner lieu à une action judiciaire, mais d'un autre côté aussi, ils ne seraient pas sujets à répétition une fois payés.

Rayer ce que les criminalistes appellent l'usure simple du nombre des actions incriminées, et classer ce fait parmi les actes illicites, que la loi ne punit point, mais auxquels elle refuse sa sanction, c'est une réforme qui satisfait à la fois la philosophie du droit pénal et les principes de la science économique; c'est encore un puissant moyen de diminuer les cas d'usure frauduleuse ou d'usure déguisée, la seule qui mérite le nom d'usure, la seule qui aux yeux de la science constitue un acte répréhensible.

Il est vrai que d'après notre législation actuelle (art. 2 de la

[1] Autriche, Hanovre, Nassau, canton de Lucerne.

[2] Wurtemberg, Hanovre, grand-duché de Hesse, Nassau.

[3] Code pénal de 1813, art. 261. Il faut y ajouter le projet de Code pénal de 1827, tandis que les projets de 1822 et 1831 punissaient l'usure simple.

[4] Code pénal de 1845, art. 533. — Il faut y ajouter le Code pénal thuringien, adopté par les duchés saxons. L'article 286, à l'instar du Code badois, ne punit l'usure simple que quand il y a eu abus de la position matérielle ou morale de l'emprunteur.

loi du 19-27 décembre 1850) il n'y a que le délit *d'habitude d'usure* qui est puni, le fait individuel d'usure ne donnant lieu qu'à des restitutions civiles; mais cette habitude, la loi ne la définit pas, elle dépend entièrement de l'arbitraire du juge : sont-ce deux, trois ou vingt cas qui constituent l'habitude? Les législateurs allemands, si savants dans leurs définitions, n'ont pas pu réussir à fixer législativement le caractère de l'habitude, et après des tentatives diverses ils ont été forcés pour la plupart de l'abandonner au juge. Encore la chose n'a-t-elle pas chez eux la même gravité, puisque dans les codes d'outre-Rhin l'habitude d'usure n'est qu'une qualification ou une circonstance aggravante du délit, tandis que dans notre législation l'habitude est *constitutive*[1], c'est-à-dire que sans elle il n'y a pas de délit. Cette difficulté disparaît complétement dans le système que nous proposons, et dont le résumé apparaîtra plus clairement par le projet de loi suivant, destiné à remplacer l'article 1907 du Code Napoléon, la loi du 3 septembre 1807, et celle des 19-27 décembre 1850.

« Art. Ier. L'intérêt est légal ou conventionnel.

» II. L'intérêt légal est celui qui est fixé par la loi à défaut de conventions des parties, ou bien qui est dû pour toute somme engagée dans une instance judiciaire. Il est fixé à 5 p. 100 du capital l'an.

» III. L'intérêt conventionnel doit toujours être stipulé par écrit, et ne peut excéder 6 p. 100. Cependant si des intérêts supérieurs ont été stipulés, sans dol ni fraude, et en pleine connaissance de l'emprunteur, celui-ci ne pourra les répéter quand il les aura payés; mais la loi refuse l'action judiciaire au prêteur pour contraindre l'emprunteur à les payer.

» IV. Le délit d'usure consiste à recevoir des intérêts supérieurs à la limite fixée pour le taux conventionnel, d'une manière déguisée, soit en dissimulant les conditions usuraires sous une forme licite, soit en cachant une part des sacrifices imposés à l'emprunteur. Le délit d'usure sera puni d'une amende qui pourra s'élever jusqu'au décuple des intérêts indûment perçus.

» V. En cas de nouveau délit d'usure, le maximum de la

[1] De même dans l'article 263 du Code pénal de Prusse. — Ce Code, qui datait de 1851, est généralement critiqué en Allemagne pour avoir trop aveuglément suivi la législation française.

peine prononcée par l'article précédent sera toujours appliqué, et elle pourra même être élevée au double.

» VI. S'il y a eu escroquerie de la part du prêteur, il sera passible des peines prononcées par l'article 405 du Code pénal, sauf l'amende qui demeurera réglée par les articles précédents.

» VII. Les tribunaux pourront, dans tous les cas, appliquer l'article 463 du Code pénal.

» VIII. La présente loi, sauf l'article VI, ne sera point applicable au taux de l'intérêt en matière commerciale, lequel reste entièrement abandonné à la volonté des parties.

» IX. L'article 1907 du Code civil, ainsi que les lois du 3 septembre 1805 et 19-27 décembre 1857, sur le taux de l'intérêt et l'usure, sont et demeurent abrogés. »

En résumé, les réformes que nous proposons consistent à délivrer les affaires commerciales de l'entrave d'un taux fixé par la loi au loyer des capitaux ; à donner en matière non commerciale plus de latitude que la législation actuelle, en admettant un taux conventionnel supérieur au taux légal ; à retrancher le simple fait de stipuler des intérêts supérieurs du nombre des actes punissables, en les rangeant parmi les actes non avoués par la loi, et auxquels l'action judiciaire est refusée ; à ne punir que l'usure déguisée, et cela d'amendes proportionnées au délit, en abrogeant la peine de l'emprisonnement qu'avait ajoutée la loi de 1850 ; enfin à supprimer la difficulté qui consiste, pour le juge, à établir l'habitude d'usure, en punissant chaque fait individuel d'usure déguisée. Quant au dernier degré d'usure, celui où il y a escroquerie de la part du prêteur, nous n'avons rien changé aux dispositions en vigueur, et les peines édictées continueront à être appliquées.

Nous serions satisfait si ces quelques pages pouvaient attirer la controverse sur un sujet aussi palpitant d'actualité.

KOENIGSWARTER.

DES CHEMINS.

Par M. Petit, doyen des présidents de chambre à la Cour impériale de Douai.

Des chemins.

Les chemins ont déjà fait et font encore naître bien des contestations sérieuses. Cependant, bon nombre d'auteurs anciens et modernes ont écrit d'excellentes pages sur la matière, et nos recueils contiennent par centaines, si pas par milliers, des décisions judiciaires qui font application des lois et des principes. Ce n'est donc ni au défaut de prévision de nos lois, ni à l'insuffisance de la doctrine, ni à l'instabilité de la jurisprudence qu'il faut attribuer les nombreux procès qui tous les jours occupent nos tribunaux. La cause en est ailleurs, et je crois l'avoir découverte dans la difficulté de bien ranger un chemin dans la catégorie qui lui appartient. C'est pour aider à l'aplanir que je veux hasarder quelques réflexions qui ne seront peut-être pas sans utilité.

Je ne parlerai pas des routes impériales, des routes départementales et des chemins de grande communication : il y a toujours évidence et jamais il n'y a de difficulté pour établir qu'un chemin appartient à l'une de ces trois catégories.

Je n'éprouve pas plus d'embarras pour les chemins vicinaux, car pour moi un chemin est toujours vicinal quand il a été classé comme tel par le préfet, et il ne l'est jamais quand il ne l'a pas été.

Mais nous avons beaucoup d'autres chemins.

Les chemins vicinaux sont tous ruraux, mais nous en avons qui sont ruraux sans être vicinaux; nous avons les chemins communaux, les chemins d'exploitation, les chemins de servitude, les chemins d'enclave, les passages de tolérance ; un mot sur chacun d'eux.

Des chemins ruraux.

Les chemins ruraux forment une seconde catégorie des chemins vicinaux, et l'on est porté à les confondre souvent avec les chemins vicinaux proprement dits. S'ils ont entre eux plusieurs points de ressemblance, ils en ont aussi de dissemblance qu'il importe de reconnaître et de constater.

Le chemin rural, comme le chemin vicinal, est un chemin public à l'usage de quiconque veut le fréquenter.

Comme le chemin vicinal, le chemin rural traverse ordinairement plusieurs territoires. Je dis ordinairement parce qu'il peut arriver qu'un chemin rural ne se prolonge pas au delà des limites du territoire, soit parce qu'avant d'en sortir il se relie à un autre chemin, soit parce qu'il atteint le hameau ou le village vers lequel il est dirigé.

Comme le chemin vicinal, le chemin rural conduit soit à un village voisin, soit à un autre chemin. S'il ne conduit qu'à une propriété particulière ou s'il se termine par une impasse, il n'est pas chemin rural, parce qu'il n'existe que dans un intérêt particulier au lieu d'exister dans un intérêt général.

Comme le chemin vicinal, le chemin rural doit être classé pour que son existence et son caractère ne puissent être méconnus. C'est une mesure prescrite pour constater et conserver les droits des communes; mais en portant sur le tableau des chemins, un chemin avec la qualification de rural, le préfet ne fait que reconnaître un fait et ne confère pas un caractère au chemin, tandis que quand il classe un chemin comme vicinal, le chemin est incontestablement vicinal. L'inscription sur le tableau d'un chemin comme rural n'étant qu'une pure énonciation, il en résulte que l'on ne peut pas plus l'opposer aux tiers que les tiers ne pourraient se prévaloir du défaut de classement pour soutenir que le chemin n'est pas rural. Dans l'un comme dans l'autre cas il peut y avoir présomption, mais cette présomption, si forte qu'elle soit, ne peut servir de base à une fin de non-recevoir ni équivaloir à un titre.

La plus importante des différences qui existent entre les chemins vicinaux et les chemins ruraux, c'est que ces derniers ne sont pas régis par la loi du 21 mai 1836, qui n'est applicable qu'aux chemins classés comme vicinaux. Il en résulte que le chemin rural ne profite pas des prestations en nature, qu'il n'est pas entretenu et surveillé par les soins des agents-voyers comme le sont les chemins vicinaux.

Le chemin rural n'en est pas moins sans doute un chemin public, mais un chemin public qui appartient aux communes, lesquelles restent chargées de pourvoir à son entretien, chacune pour la partie située sur son territoire.

Cette différence entre le chemin rural et le chemin vicinal

s'explique par le degré d'importance de chacun d'eux; les chemins reconnus nécessaires sont classés comme vicinaux, mais tous ceux qui n'ont qu'une utilité restreinte sont laissés en dehors afin d'éviter les frais considérables que leur entretien exigerait. Quand ils sont utiles on les classe comme ruraux, et lorsque des dépenses d'entretien sont jugées indispensables, les communes y pourvoient par une allocation spéciale au budget.

Il y a bien encore d'autres chemins ruraux qui ne sont pas classés et qui ne doivent pas l'être, parce qu'ils ne sont pas des voies de communication créées dans un intérêt général et commun pour la circulation de village à village ou de chemin à chemin, mais qui ne doivent leur existence qu'aux besoins de l'agriculture reconnus par les propriétaires riverains qui les ont établis pour leurs aisances individuelles. Ils sont bien publics en ce sens qu'ils sont laissés librement ouverts à la circulation, mais ils n'en demeurent pas moins des chemins privés qui n'entrent pas dans le domaine public et restent uniquement dans le domaine des copropriétaires riverains qui sont toujours de plein droit présumés les avoir établis et qui doivent continuer d'en jouir sans avoir besoin de justifier d'un titre. Ce ne sont pas des chemins ruraux proprement dits, on les appelle des chemins d'exploitation.

On confond souvent les chemins ruraux d'exploitation avec les chemins ruraux communaux; cependant la distinction est facile à faire.

Sans doute, tous ces chemins sont publics en ce sens qu'ils sont abandonnés à la circulation générale, mais ils doivent leur origine à une cause bien différente. Le chemin d'exploitation n'a été créé que dans l'intérêt de quelques propriétaires et à leurs frais; le chemin rural a été établi dans l'intérêt général, et ne diffère du chemin vicinal que par le défaut de classement que l'économie lui a imposé.

Un chemin part d'un village, traverse une plaine et conduit à un village voisin ou à un autre chemin, c'est un chemin vicinal s'il est classé comme tel, c'est un chemin rural communal s'il ne l'est pas.

Un chemin prend naissance à un hameau ou à une seule habitation, traverse la plaine et va aboutir à un autre chemin ou au village voisin, c'est un chemin d'exploitation et non un che-

min rural communal, parce qu'il a été créé non dans un intérêt général et public, mais dans un intérêt privé.

Un chemin prend naissance à une route départementale, il longe les haies de plusieurs villages et va aboutr à d'autres chemins; tous les riverains ont des issues sur ce chemin et s'en servent pour l'exploitation de leurs terres; peu importe, on ne pourra jamais, ni par vente ni par suppression, les priver de leurs droits de passage, mais le chemin n'en sera pas moins un chemin rural parce qu'il est une communication de chemin à chemin établie dans un intérêt général; et non présumée avoir été créée pour les aisances et les besoins d'un ou plusieurs cultivateurs.

Des chemins communaux.

Les chemins communaux, nous enseigne M. Proudhon dans son *Traité du domaine public*, tome II, page 337, sont ceux qu'on trouve établis dans les communes et qui, partant de leur sein, servent à conduire les habitants sur des fonds dont la jouissance leur est commune. Tel est le chemin qui, sortant de la ville ou du village, conduit à la fontaine, à un lavoir, à un abreuvoir commun, ou par lequel on conduit les bestiaux au pâturage dans un communal en nature de parcours, ou enfin par lequel on exploite la forêt communale.

On voit par cette seule indication que cette espèce de chemins, entièrement concentrés dans le territoire d'une commune, est totalement différente et à part de la classe des chemins établis pour la communication de village à village ou entre des lieux habités.

Les chemins communaux ne sont et ne peuvent pas être classés ni comme vicinaux ni comme ruraux; ils doivent être assimilés aux rues de la commune, et comme elles ils sont la propriété de la commune. Mais si le sol appartient à la corporation, la jouissance appartient à chacun des habitants qui la composent, et de même qu'une commune ne pourrait pas, par vente, cession ou suppression, priver un habitant des droits d'issue et de passage qu'il a sur une rue, de même elle ne pourrait pas non plus priver aucun habitant du droit de passage qu'il a sur le chemin communal. Quand une commune veut vendre ou supprimer une rue ou un chemin communal, elle le peut sans doute, mais elle ne peut aliéner que le sol, à la charge

de respecter les droits d'issue et de passage dont jouissent les riverains et les habitants : ce qui revient à dire que pour vendre comme pour supprimer une rue ou un chemin communal, la commune doit recourir à l'expropriation pour cause d'utilité publique et payer une indemnité préalable.

Il ne faut point perdre de vue que pour qu'un chemin soit communal, il faut qu'il ait une destination commune, qu'il soit commun à tous, qu'il soit à l'usage de tous. Cela ne veut pas dire que tous s'en servent, mais seulement que tous ont la faculté de s'en servir. Un cultivateur a un abreuvoir dans sa cour et ne conduit pas ses chevaux à l'abreuvoir commun, cela ne fait pas qu'il ne puisse pas les y conduire quand la volonté lui en viendra, et ce cultivateur ne serait pas moins fondé qu'un autre à s'opposer à la suppression du chemin qui conduit à cet abreuvoir. L'abreuvoir est pour tous ceux qui veulent y aller, et le chemin qui y conduit est communal.

La commune possède un marais qui sert de pâturage commun. Ce marais est à une certaine distance du village, un chemin y conduit, ce chemin est communal.

Un chemin part de l'extrémité du village et conduit à un autre village, même sans sortir du territoire, peu importe ; ce n'est pas un chemin communal, parce qu'il ne conduit pas à un fonds dont la jouissance est commune. Un chemin conduit à la maison d'école située dans les champs hors de l'enceinte du village, c'est un chemin communal parce qu'il conduit à un fonds dont la jouissance est commune. Un chemin conduit à quelques pièces de terre faisant partie du territoire, ce n'est pas un chemin communal. Un chemin conduit à l'église placée hors de l'enceinte du village, c'est un chemin communal. Un chemin conduit à la route départementale, c'est un chemin communal. Un chemin part d'une rue du village, traverse les champs voisins, sert dans son parcours pour l'exploitation des terres et peut se relier à d'autres petits chemins ; ce peut être un chemin rural ou d'exploitation, mais ce n'est pas un chemin communal, parce qu'il n'existe pas pour conduire à un point certain, unique et déterminé.

Pour ne pas confondre un chemin communal avec un chemin rural, il ne faut pas oublier que le chemin communal part toujours du sein de la commune et conduit à un fonds dont la jouissance est commune à tous les habitants du village, tandis

que le chemin rural sert de communication de village à village ou de chemin à chemin, et a pour destination de faciliter la circulation générale, et de servir aussi bien à tous les habitants du pays qu'aux habitants de la commune sur le territoire de laquelle il se trouve.

Des chemins d'exploitation.

La loi romaine plaçait dans la classe des voies publiques, un simple sentier s'il était à l'usage de tous, et pour avoir le droit de se servir de ces voies, il n'était pas nécessaire de justifier d'un titre.

Sous le droit coutumier, par intérêt pour l'agriculture, dans les pays où les servitudes discontinues ne pouvaient s'acquérir par prescription, on considérait les propriétaires qui se servaient d'un même sentier d'exploitation comme en étant copropriétaires par indivis, en vertu de conventions que l'on supposait avoir existé entre eux.

Lalaure, dans son *Traité des servitudes*, liv. III, page 223, nous dit : Une observation que fait Pocquet de Livonnièr esur l'article 49 de la coutume d'Anjou et qui est fort importante, c'est que dans les vignobles et dans les prairies, il y a diverses routes et petits sentiers que l'intérêt commun a tracés pour l'exploitation des vignes et des prés, lesquels ne doivent pas être regardés comme servitudes, mais plutôt comme des *sentiers communs* à tous ceux qui ont des terres, des prés et des vignes dans la plaine, de manière que celui qui aurait des vignes, terres ou prés traversés par une route semblable ne serait point fondé d'en défendre le passage aux autres sous prétexte qu'ils ne rapportent pas de titre.

Fournel, *Traité du voisinage*, tome I, page 281, nous dit : Il y a des chemins qui ne sont que pour l'utilité de quelques particuliers pour aller et venir à leurs maisons ou pour le service de leurs terres; on les appelle *sentiers*. Ces chemins ne peuvent être considérés comme vicinaux, ils ne font pas partie du domaine public ni du domaine municipal.

De nos jours, nous dit M. Féraud-Giraud, la jurisprudence admet sans cesse le principe que les chemins ou sentiers d'exploitation sont réputés avoir été établis par conventions entre les propriétaires auxquels le passage est utile. C'est l'intérêt public et plus particulièrement celui de l'agriculture qui font

considérer les chemins ou sentiers d'exploitation comme établis par conventions entre les propriétaires intéressés, et les a fait soustraire à l'application des règles posées dans l'article 691 du Code civil.

Les auteurs et la jurisprudence, nous dit M. Dalloz, sont d'accord pour proclamer que la règle, d'après laquelle la servitude de passage ne peut, à moins qu'il y ait titre ou enclave, servir de base à une action possessoire à raison de son caractère de servitude discontinue, n'est point applicable à la jouissance des sentiers d'exploitation qui desservent les héritages ruraux. Cette jouissance étant exercée non à titre de servitude, mais à titre de propriété, sur un terrain bordant ordinairement les héritages desservis, la précarité dont se trouve entaché l'exercice d'une servitude discontinue non fondée en titre, ne saurait s'étendre à une telle jouissance.

M. Curasson, tome II, page 244 : « La servitude discontinue ne pouvant s'acquérir par prescription, le passage sur un chemin ou sentier d'exploitation qui d'ordinaire ne repose que sur l'usage pourrait donc être interdit, s'il n'était qu'une simple servitude. Envisager la chose sous ce point de vue, ce serait porter un coup funeste à l'agriculture. Aussi les auteurs et la jurisprudence décident-t-ils qu'un chemin d'exploitation peut donner lieu à l'action possessoire sans être appuyé de titre. Cette jurisprudence est fondée sur ce que les principes relatifs aux servitudes discontinues sont sans application à ces chemins; que, comme le reconnaissent les auteurs, l'exercice du passage n'est que l'exécution d'une convention supposée entre copropriétaires voisins pour la *desserte* de leurs fonds respectifs. »

Il n'est pas nécessaire, nous dit M. Proudhon, n° 633, qu'il intervienne un décret de l'autorité pour que l'établissement d'un chemin public soit légal et que son existence doive être respectée; et cela est si vrai que tous nos chemins ruraux ne se sont établis que par l'usage et l'effet de la possession. Concluons donc que quand un chemin qui sert de communication entre plusieurs lieux habités a été publiquement ouvert et librement pratiqué, c'est-à-dire paisiblement possédé par l'être moral et collectif que nous appelons le public, pendant plus de trente ans qui comportent aujourd'hui le terme extrême de notre prescription la plus longue, le droit en est acquis à ceux qui se trouvent à portée de s'en servir.

Plus loin, page 380, n° 640, il dit : Au reste, soit qu'il s'agisse d'un chemin public établi pour communiquer entre des lieux habités, soit qu'il s'agisse d'un simple chemin communal établi pour communiquer avec un terrain commun, dans l'un et l'autre cas il est également et incontestablement grevé aussi de la servitude de passage pour l'exploitation des fonds de la contrée qu'il traverse.

Au n° 662 : Considéré dans l'état matériel des lieux si la servitude se montre comme ayant une antique existence, le droit doit en être maintenu, dès qu'on n'a pas cessé d'en jouir depuis la promulgation du Code.

M. Duranton nous dit, tome V, n° 437, page 477 : Ces chemins qu'on appelle chemins de *desserte*, et qui aboutissent à la voie publique ou communale, font ordinairement partie des chemins communaux ou vicinaux, mais quelquefois aussi ils ont une destination plus restreinte que ces derniers : ils sont uniquement consacrés à l'exploitation d'un certain nombre d'héritages, sans être un point de communication entre des bourgs, villages ou hameaux. Ils forment une servitude commune entre les divers propriétaires de ces héritages, servitude dont l'établissement est le résultat, la plupart du temps, de la destination du père de famille, ou de concessions formelles, ou enfin de la prescription. Ceux dont l'origine est ancienne, ne pourraient être contestés aujourd'hui par les propriétaires des fonds sur lesquels ils règnent sur le seul fondement que les droits de passage sont des servitudes discontinues (art. 688), qui ne s'établissent plus par la prescription (art. 691), ou du moins qu'il y a lieu à indemnité si l'on ne prouve pas ou que la presciption de la servitude était acquise avant le Code, ou que l'indemnité est prescrite parce que le passage était absolument nécessaire à l'époque où la prescription de cette indemnité a commencé son cours. Car tout porte à croire que de tels chemins ont été établis avec l'assentiment exprès ou tacite des divers propriétaires; ces chemins participent des chemins vicinaux par l'utilité dont ils sont à une collection d'individus. Ce ne sont pas, à proprement parler, des *voies privées* ordinaires, ce qui rend dès lors inapplicables les principes généraux.

MM. Teulet, Sulpici et Dauvillet, dans leurs Codes annotés, posent fort nettement la règle à l'aide de laquelle on reconnaît de suite le sentier d'exploitation; ils disent sur l'article 685 :

« Outre les voies de communication dont l'existence légale » est réglée par des déclarations administratives, il existe une » foule de voies publiques secondaires qui n'ont pas assez d'im- » portance pour se trouver portées sur les tableaux des chemins » vicinaux; mais ces chemins n'en forment pas moins des che- » mins *publics*, soit qu'ils aient été établis anciennement aux » frais d'une communauté d'habitants pour leur utilité, soit qu'ils » proviennent de parties de terrain laissées également en com- » mun par les habitants d'un hameau pour l'exploitation de telle » ou telle portion du territoire.

» Dans ce cas, le sol même du chemin ne sera jamais tombé » dans le domaine privé de tel ou tel propriétaire, mais il con- » stitue par lui-même une propriété commune sur laquelle le » passage doit être libre. »

Le chemin d'exploitation, dit la Cour de cassation, est un chemin desservant les héritages qui le bordent, un terrain non cultivé qui est assez frayé pour justifier qu'il a depuis longtemps servi et qu'il sert encore au passage. Un tel passage, dit la Cour suprême, ne peut être considéré comme l'exercice d'un simple passage de tolérance, et peut dès lors servir de base à une action possessoire sans qu'on puisse opposer l'article 691 du Code civil, attendu, porte l'arrêt du 29 novembre 1824, que s'agissant d'un simple sentier d'exploitation, c'est moins une servitude discontinue que l'exécution d'une convention supposée entre les propriétaires voisins pour la desserte de leurs fonds respectifs.

On trouve cet arrêt dans Dalloz, volume 1824, 1re partie, page 201.

Il y a une foule d'arrêts dans le même sens, et la jurisprudence est sur ce point fixée et invariable depuis longtemps.

Le premier élément constitutif du chemin d'exploitation, c'est que le chemin desserve les héritages qui le bordent; mais cela ne veut pas dire que le chemin ne doit servir qu'aux propriétaires riverains; un chemin d'exploitation peut être public en ce sens que chacun peut y passer librement, sans que pour cela il perde son caractère et même sans qu'il devienne rural. Ainsi, par exemple, j'ai au bout de mon jardin un sentier qui traverse les champs et conduit au village voisin; c'est pour moi un chemin d'exploitation comme pour tous les propriétaires riverains, et la circonstance que les habitants du village voisin s'en ser-

vent pour pénétrer dans les champs et se rendre à leurs propriétés non riveraines ne lui fera pas perdre son caractère. Les habitants qui se servent de ce chemin pour arriver dans leurs champs en traversant une propriété riveraine, ne sont pas copropriétaires du chemin d'exploitation, ils ne font que profiter du caractère de publicité laissé au chemin, ils s'en servent comme d'un chemin d'exploitation, mais ils n'ont aucun droit, et la facilité de communication qu'il leur procure, ils la doivent à l'obligeance du riverain qui permet le passage sur sa propriété riveraine du chemin. Le chemin d'exploitation ne peut donc servir légalement que pour l'exploitation des fonds qui le bordent; s'il devait servir pour d'autres, il ne serait plus un chemin d'exploitation, mais bien un chemin rural. C'est par cette distinction qu'on évite de confondre le chemin d'exploitation avec le chemin rural. Sans doute, le chemin d'exploitation se confond souvent avec des chemins ruraux, communaux et même vicinaux, mais c'est lorsqu'il aboutit à une voie commune après avoir pris naissance à un autre point commun; lorsqu'il a une destination plus restreinte, lorsqu'il est consacré uniquement à l'exploitation d'un certain nombre d'héritages sans être un point de communication entre des villages ou des chemins, il est encore purement et simplement un chemin d'exploitation présumé créé par les propriétaires riverains pour leurs besoins particuliers, bien qu'il se trouve privé de tout caractère de publicité.

Il faut que le chemin d'exploitation existe depuis longtemps, dit la Cour de cassation, et cela se conçoit, car sans cela comme il serait facile d'établir la propriété du sol et de refuser au chemin tout autre caractère que la tolérance, on ne pourrait invoquer ni la prescription ni la convention présumée entre les riverains.

Il faut encore que le sol du chemin soit un terrain non cultivé qui est assez frayé pour justifier qu'il a servi depuis longtemps et qu'il sert encore au passage.

Ces seules circonstances réunies fournissent la preuve complète et suffisante de l'existence et du caractère du chemin d'exploitation, mais cela n'empêche pas de rechercher toutes les autres circonstances qui, en cas de contestation, peuvent venir la corroborer et la rendre plus évidente.

Si le chemin n'est jamais labouré, c'est une reconnaissance

formelle et permanente de l'existence du chemin. Sans doute, ce fait à lui seul ne démontre pas le caractère du chemin d'exploitation; mais au besoin, avec ce seul fait, on arriverait facilement à cette démonstration en invoquant la situation des lieux. Si l'on établit que le chemin respecté tous les ans par la charrue n'est ni un chemin vicinal, ni un chemin rural, ni un chemin communal, ni une servitude, on aura par cela même établi que c'est un chemin d'exploitation.

S'il est établi que le chemin est quelquefois réparé, s'il est contenu dans des limites fixées, soit par des bornes, soit par des fossés, soit par des épines plantées par les propriétaires voisins dans le but d'empêcher que la largeur ne soit augmentée, s'il est empierré, s'il est gazonné, s'il est porté sur le cadastre, sur le tableau des voies publiques, s'il est indiqué dans des titres de propriété, s'il a déjà donné lieu à des contestations, ce sera là autant de circonstances qui viendront surabondamment établir l'existence du chemin, et cette existence une fois devenue incontestable, son caractère de chemin d'exploitation et de desserte s'établit très-facilement par la situation des lieux et par l'impossibilité de le ranger dans aucune autre catégorie des chemins.

Outre toutes ces preuves qui sont générales et communes à tous les riverains, il en est encore un grand nombre qui, bien que fournies par un ou plusieurs d'entre eux, n'en profitent pas moins à tous parce qu'elles tendent à établir l'existence et le caractère du chemin d'exploitation, et que cette preuve faite elle profite nécessairement à tous. Ainsi un chemin passe près d'un mur qui clôt mon parc, et dans ce mur j'ai une porte pour sortir par le sentier qui conduit aux champs; ma porte révèle évidemment l'existence du sentier, et cette existence établie pour moi elle l'est également pour tous les riverains. Ma propriété est close d'une haie vive, et dans cette haie on a ménagé une trouée pour communiquer avec le sentier; cette issue qui atteste mon droit de riverain, prouve en même temps l'existence du chemin, dans l'intérêt de tous les autres riverains. Un sentier prend naissance au jardin de mon voisin, puis le sentier longe ma propriété et ensuite plusieurs autres pour aller traverser la plaine et aboutir à un chemin rural; c'est évidemment un chemin d'exploitation dont tous les riverains ont la jouissance à titre de copropriétaires, et chacun d'eux en fournissant

la preuve de cette jouissance pour lui contribuera dans l'intérêt de tous à établir l'existence et le caractère du sentier d'exploitation. Si dans son parcours, entre son point de départ et son point d'arrivée, le sentier vient à être méconnu par deux riverains et qu'une contestation s'engage entre eux sur l'existence et le caractère du sentier, le jugement qui interviendra pour proclamer l'existence et le caractère du sentier d'exploitation, ne pourra sans doute pas être opposé à ceux qui n'ont pas été parties au procès, mais ce sera une preuve dont tous les riverains pourront se prévaloir pour établir l'existence et le caractère du chemin. Il en est de même si les deux riverains transigent et reconnaissent l'existence du chemin. On conçoit du reste que le chemin doit exister pour tous ou pour personne, car il ne serait qu'une impasse s'il cessait d'être chemin alors qu'il s'éloigne vers l'une et l'autre extrémité.

Des chemins de servitude.

Il ne faut pas confondre la servitude de passage avec le droit de passer sur un chemin.

La servitude de passage est une charge imposée à un héritage au profit d'un autre héritage appartenant à un autre propriétaire. (Art. 637 du Code Napoléon.)

Le droit de passage est la conséquence de la copropriété du sol du chemin.

Les chemins de servitude ne sont établis que pour servir à la jouissance de certains fonds spécialement connus et désignés, tandis que tous les autres chemins sont asservis à un usage général.

Dans un chemin de servitude c'est un fonds qui est débiteur de l'autre, nous dit M. Proudhon, la charge en est toute réelle, soit qu'on la considère activement ou passivement, puisqu'elle ne peut être imposée ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds (686), tandis que c'est un droit personnel à tout venant que l'usage des chemins.

Le chemin de servitude ne peut être légitimement fréquenté que par le propriétaire du fonds dominant ou par celui qui exploite ce fonds au nom du propriétaire, tandis que les chemins sont également à l'usage de tous.

Les chemins de servitude ne sont que des chemins privés,

puisque le droit n'en appartient qu'à certains propriétaires comme des dépendances de leurs héritages, tandis que l'usage des chemins publics appartient à tout le monde.

M. Proudhon nous dit, page 368, n° 631 : « Il faut bien re-
» marquer, en effet, que dans tout le titre du Code où cette im-
» prescriptibilité se trouve exprimée, il n'est uniquement ques-
» tion que des servitudes et nullement des chemins publics, qui
» sont subordonnés à un tout autre régime; que l'article 691 se
» réfère nécessairement à la disposition de l'article 637 qui,
» définissant ce qu'on doit entendre par les droits de servitude
» dont il va être question dans tout le titre, déclare que la ser-
» vitude consiste dans une charge imposée sur un héritage pour
» l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre pro-
» priétaire; que cette définition ne peut nullement convenir à
» un chemin public établi pour la communication de plusieurs
» lieux habitées tels que seraient deux villages ou deux sections
» de la même commune, parce qu'ici le chemin n'est établi
» que pour la circulation du commerce et des personnes, et
» que d'ailleurs l'on n'y trouve pas de fonds servant mis en rela-
» tion avec un fonds dominant; d'où il résulte nécessairement
» que l'article 691 n'est point applicable à cette espèce. »

On le voit, le chemin de servitude n'est pas véritablement un chemin, c'est un droit de passage exercé sur un fonds par le propriétaire d'un autre fonds. J'ai un sentier qui traverse le champ de mon voisin et conduit à une de mes propriétés, c'est une servitude de passage établie sur le fond de mon voisin au profit du fonds dont je suis propriétaire; j'ai le droit de traverser votre jardin pour me rendre à la voie publique, c'est une servitude de passage; je passe par votre cour pour rejoindre la rue, c'est une servitude de passage; bien qu'il existe à ma disposition un chemin commun qui conduit au village voisin, je traverse votre champ pour abréger le trajet, c'est une servitude de passage.

Au surplus, la servitude de passage étant une servitude discontinue, il faut qu'il existe un titre, et par conséquent son existence et son caractère sont toujours constatés de manière à ne pas laisser de doute.

S'il est vrai que depuis la promulgation du Code civil, la servitude de passage ne peut plus se prouver que par titre, il faut cependant remarquer que le Code ne peut avoir d'effet rétroactif,

et que les servitudes de passage acquises antérieurement au moyen d'une prescription autorisée par beaucoup de coutumes doivent être maintenues et respectées. La difficulté est de prouver que cette prescription était acquise lors de la promulgation du Code ; cette preuve encore possible aujourd'hui, deviendra bientôt impossible, alors qu'il n'existera plus de témoins assez âgés pour venir certifier que la servitude de passage existait trente ou vingt ans avant la promulgation du Code.

M. Proudhon nous enseigne, page 410, n° 662, que considérée dans l'état matériel des lieux, si la servitude se montre comme ayant une antique existence, le droit doit en être maintenu dès qu'on n'a pas cessé d'en jouir depuis la promulgation du Code civil.

Cette opinion admise, il en résulterait que l'impossibilité de la preuve serait un peu moins menaçante, mais comme plus tard la preuve de jouissance de la servitude avec point de départ du jour de la promulgation pourra toujours être exigée, je conseille à ceux qui jouissent d'un droit de servitude discontinue de le faire reconnaître par un titre, et de ne pas s'exposer à le voir contester alors qu'aucune preuve ne sera plus possible.

Des chemins d'enclave.

Le propriétaire dont les fonds sont enclavés, et qui n'a aucune issue sur la voie publique, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins pour l'exploitation de son héritage, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner. (Art. 682 du Code civil.)

Ce droit de passage, comme on le voit, ne constitue pas un chemin, c'est une servitude de passage établie sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire.

Cette servitude, dont le caractère, l'étendue et les conditions d'exercice sont toujours réglés par les conventions des parties intéressées ou en cas de dissentiment, par les tribunaux, ne peut jamais être confondue avec aucun chemin ; nous n'avons donc pas à nous en occuper plus longuement.

Des passages de tolérance.

Un passage de tolérance ne peut pas prétendre à la qualification de chemin. C'est un passage accidentel sur une propriété labourée tous les ans que le premier venu exerce; c'est un passage qui sert à tout le monde, et qui ne sert à personne en particulier. C'est le résultat d'une habitude que l'obligeance fait tolérer, qu'on finit par respecter, et qu'ensuite il serait bien difficile de déraciner dans les campagnes, car si le propriétaire a la persévérance de labourer chaque année la piedsente et de manifester son opposition, soit par la plantation d'épines, soit par le creusement de petits fossés pour en interdire l'accès, la force de l'habitude l'emporte, et bientôt la piedsente est reformée sinon au même endroit, toujours dans la même direction. Le propriétaire renouvelle ses précautions, ou bien se résigne sans en prendre aucune, peu importe, le passage n'est jamais qu'un passage de tolérance, parce qu'il conserve toujours les vices de son origine, et que le temps ne peut pas les faire disparaître.

Les passages de tolérance, dit M. Proudhon, ce sont tous ces petits chemins ou sentiers qu'on voit pratiqués près des communes à travers champs par des habitants qui, pour s'épargner quelques centaines de pas, veulent couper au plus court vers leurs habitations ou vers la voie publique sans aucune nécessité pour eux.

Il est admis dans les campagnes que le passage est libre à travers les champs dépouillés de leurs récoltes pour arriver aux champs qui ont encore la leur. Tous les cultivateurs traversent les champs de leurs voisins sans scrupule et sans opposition, toutes les fois que les besoins et les aisances de la culture l'indiquent, pourvu qu'il n'en résulte aucun dommage pour le propriétaire du champ sur lequel le passage est exercé.

Voilà des faits de passage de tolérance que tous les cultivateurs se permettent et souffrent réciproquement, sans que jamais la jouissance de ces passages puisse devenir la base constitutive d'un droit; le caractère de tolérance attaché par l'usage et la réciprocité rend impossible la prescription à quelque date reculée que l'on puisse faire remonter l'origine de cet échange de bons procédés et de bonnes relations entre

des habitants qui ont tous intérêt à se faciliter la culture des terres.

Faut-il faire ressortir la différence qui existe entre les faits de passage de tolérance et l'usage constant, en toute saison, d'un chemin public, jamais labouré, frayé, respecté par tous, servant à tous pour se rendre aux champs, aux villages voisins, ou à la voie publique? On voit de suite qu'un passage de tolérance ne peut être confondu avec aucun chemin.

On ne peut le confondre avec les chemins vicinaux, ruraux et communaux : un passage de tolérance n'est porté ni sur le cadastre, ni sur les plans, ni sur le tableau des voies de communication de la commune; il n'a aucune existence légale.

On ne peut le confondre avec le chemin d'exploitation : un passage de tolérance c'est un fait accidentel sur un terrain cultivé tous les ans, que le premier venu exerce et que personne en particulier ne peut réclamer comme un droit; un sentier d'exploitation au contraire c'est, dit la Cour de cassation, un chemin desservant les héritages qui le bordent, un terrain non cultivé qui est assez frayé pour justifier qu'il a depuis longtemps servi et qu'il sert encore au passage.

On ne peut le confondre avec la servitude de passage : un passage de tolérance n'affecte pas le sol, il est même souvent déplacé par les premiers passants qui, après le labourage, viennent le réformer dans la même direction, il est à l'usage de tout le monde, et souvent il traverse bien des champs avant d'atteindre le point vers lequel il est dirigé; une servitude de passage, au contraire, c'est une charge imposée à un héritage au profit d'un autre héritage appartenant à un autre propriétaire. Dans une servitude de passage il n'y a que deux fonds, un fonds servant et un fonds dominant, il n'y a que deux propriétaires, le propriétaire qui supporte la servitude et le propriétaire qui en profite.

Aucune confusion n'est donc possible si on veut y regarder de près. C'est ce que j'ai fait bien souvent avant de rédiger le plus nettement qu'il m'a été possible ce résumé de mes travaux et de mes réflexions. Puisse-t-il être utile et éviter quelques procès! c'est mon seul désir. PETIT.

BIBLIOGRAPHIE.

CONCORDANCE ENTRE LES CODES CIVILS ÉTRANGERS

ET LE CODE NAPOLÉON.

Deuxième édition, entièrement refondue et augmentée de la concordance et de la législation civile de plus de quarante pays; par M. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, juge au tribunal de première instance de la Seine, etc. Ouvrage terminé par M. ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH, son fils [1].

Compte rendu par M. NICIAS GAILLARD, président à la Cour de cassation.

L'ouvrage de M. de Saint-Joseph fut accueilli du public, lorsqu'il parut, avec intérêt et sympathie; tel qu'il se présente dans cette nouvelle édition, il est plus digne encore du succès.

M. de Saint-Joseph fils n'a pas seulement reproduit l'ouvrage de son père, il l'a augmenté de beaucoup et incontestablement amélioré. C'est bien ainsi que nous devons souhaiter que nos enfants en usent envers les œuvres de notre intelligence, quand nous leur en laissons, souvent pour tout patrimoine. Une simple reproduction servirait assez peu quelquefois notre mémoire; c'est en s'efforçant de compléter et d'améliorer nos œuvres toujours si imparfaites, qu'ils se montrent vraiment dévoués et pieux. Les générations passent si vite qu'il est rare qu'un homme, si peu qu'il entreprenne, ait le temps d'achever. Quand il est mort à la peine, c'est à ceux qu'il laisse après lui à reprendre l'œuvre interrompue, à porter la borne un peu plus loin, à ajouter le travail au travail et une existence à l'autre. L'édifice s'élève ainsi pierre à pierre, et le monument de la famille est l'œuvre de plusieurs générations.

M. de Saint-Joseph fils expose de la manière suivante [2] les modifications importantes qu'il a apportées à la première édition et le plan qu'il a suivi dans la nouvelle.

« ..... Notre travail, entièrement remanié et corrigé, n'embrasse plus seulement quinze Codes étrangers, mais les législations, codifiées ou non, de près de soixante pays. L'intro-

[1] Chez Cotillon, libraire du Conseil d'État, au coin de la rue Soufflot, 23. — 1856.

[2] *Avertissement*, p. 1.

duction contient un résumé général des points principaux des législations étrangères, divisé par titres dans l'ordre du Code Napoléon; elle permet d'embrasser d'un seul coup d'œil une partie des principes généraux dans chaque matière.

» 2° Un aperçu historique[1] sur les origines du droit civil moderne de l'Europe sert à rattacher le droit actuel au droit primitif.

» 3° Une courte notice préliminaire, placée en tête de la législation de chaque pays, expose l'état de cette législation et complète l'aperçu historique.

» 4° Des tableaux synoptiques, qui remplissent en grande partie le premier volume, renferment, en regard du Code Napoléon, titre par titre, les cinq Codes étrangers qui ont paru les plus propres à être placés de cette manière; on en a subordonné la division à celle de notre Code, sans en rien retrancher; on y a joint aussi le droit commun allemand d'après le même système.

» 5° Les autres législations, codifiées ou non, suivent, dans les trois derniers volumes, par ordre alphabétique. Nous avons conservé aux Codes leur ordre propre; nous n'avons fait exception que pour le Code prussien; nous donnons dans la notice préliminaire sur la Prusse les motifs qui nous y ont décidé. Quant aux législations non codifiées, pour les rendre plus claires et plus faciles à consulter, on a adopté en général la classification du Code Napoléon, et on en a composé des sortes de Codes fictifs....; on a rapporté, aussi souvent qu'on l'a pu, les lois les plus récentes qui abrogeaient les anciennes ou modifiaient certaines parties des Codes étrangers. »

On voit, par ce simple exposé, combien l'entreprise était vaste et le succès difficile. M. de Saint-Joseph semble cependant s'excuser de n'avoir pas fait plus encore. « Nous avons dû, dit-il, nous en tenir strictement au droit civil sous peine d'étendre démesurément un travail qui aurait dépassé nos forces. » Assurément, nul ne trouvera que ce ne soit pas assez. Quelle lourde tâche ou quelle immense carrière que cette reproduction d'à peu près toutes les législations civiles connues et leur perpétuel rapprochement!

Pour embrasser d'autres branches de législation, ce n'est pas

[1] Cet aperçu historique est l'œuvre de M. Bergson, notre collaborateur.

sans doute que les matériaux eussent manqué au nouvel éditeur ni même qu'il eût eu à les chercher en dehors de l'héritage de la famille. M. de Saint-Joseph père avait publié, à la suite de la concordance des Codes civils français et étrangers, un Code de commerce comparé, qui n'avait pas été la partie la moins utile de ses travaux, ni la moins favorablement accueillie du public. Mais en cela l'œuvre paternelle avait moins besoin d'être reprise. Puis, il faut bien le dire, quel que soit le mérite de nos autres Codes, s'il en est un qui puisse servir de modèle, assurément c'est notre Code civil.

M. de Saint-Joseph rappelle la controverse qui agita, il y a quarante ans, les universités allemandes, alors que l'illustre de Savigny soutenait avec tant de verve et de patriotique amertume que la science du droit ne pouvait que perdre à la codification et que Thibault plaidait la cause contraire avec plus de raison et non moins d'éclat. « Les faits, dit très-bien M. de Saint-Joseph, ont donné raison à l'opinion de Thibault : depuis cette époque, plus de vingt-cinq pays se sont donné des Codes. Ce mouvement se continue et s'étend à tous les pays [1]. »

Oui, sans doute! et l'on peut prédire sans être prophète qu'il ne s'arrêtera que lorsque le monde entier sera *codifié*.

Il faut rendre cette justice à l'esprit français, que l'érudition chez nous n'a jamais obscurci la lumière du droit sens. Ce sont nos plus savants jurisconsultes, (et partout ils eussent été comptés de même parmi les plus savants) qui ont le mieux senti la nécessité de l'unité dans la législation et qui l'ont réclamée le plus vivement. Ne parlons que de Dumoulin. Quand il demandait avec sa rude énergie la rédaction des coutumes et souffrait si impatiemment les retards qu'en mettait à exécuter sur ce point les ordonnances, il faisait un grand pas vers l'unité. Si ce n'était encore une loi unique pour toute la France, les usages, recueillis par écrit, allaient du moins devenir le *Code* de chaque province. C'était une codification partielle, en attendant la codification générale.

Et certes, ce n'était pas un petit esprit ni un demi-savant que Dumoulin, non plus qu'un caractère timide. Il n'y avait rien

[1] « L'Espagne, ajoute l'auteur, le Portugal, la Saxe, la Toscane, Venezuela préparent des Codes civils; quelques-uns de ces pays même ont déjà des Codes de procédure et de commerce. » (*Introduction*, p. 98.)

qui pût l'effrayer dans le nombre ni dans les diversités, fussent-elles infinies. Ses notes sur les coutumes, sans parler de tant d'autres ouvrages, montrent assez qu'il pouvait tout embrasser. De tels esprits n'ont pas besoin des secours ordinaires sur lesquels s'appuie notre faiblesse. A ne songer qu'à eux-mêmes, ils feraient volontiers le désordre, si j'ose ainsi dire, sûrs de rétablir l'ordre, quand ils voudraient, d'un coup de génie. Mais ils savent, ces grands esprits, que les lois sont faites pour « des gens de médiocre entendement[1]. » Nous sommes de ces gens-là; en demandant l'unité des lois, leur supériorité stipule pour notre insuffisance. Quant à eux, il restera toujours dans les profondeurs de la science assez de difficultés et de ténèbres pour exercer leur érudition immense ou faire briller leur merveilleuse sagacité.

Toute science, la science du droit comme une autre, peut perdre sans doute, en un certain sens, à ce qu'on lui dérobe ses secrets. Si vous faites de la jurisprudence je ne sais quelle divinité avare et jalouse qui ait des énigmes pour trésor, et contre qui il faille incessamment lutter de force et d'adresse pour les lui arracher ou les surprendre, laissez-lui sa nuit et son labyrinthe; mais est-ce cela? Sans refuser à quelques-uns le privilége d'une instruction plus profonde, sans rien ôter (à Dieu ne plaise!) de sa dignité et de ses justes honneurs à la science, prise à sa source et considérée dans ses principes, de quoi s'agit-il pour la plupart et pour presque tout le monde? De la connaissance des lois positives, et principalement des lois de notre temps et de notre pays. Il faut donc rendre cette connaissance aussi générale, et, pour cela, aussi facile que possible. Or le meilleur moyen n'est-il pas de réunir les lois au lieu de les laisser éparses, et, tout en les rassemblant, de les simplifier et de les coordonner?

En définitive, cette histoire rappelle un peu, soit dit sans irrévérence, les anciennes formules romaines et les efforts intéressés des pontifes pour s'en réserver le secret.

Nous avons exposé, d'après l'auteur lui-même, le plan de son ouvrage; le temps et l'espace nous manqueraient pour en suivre l'exécution dans ses détails. M. de Saint-Joseph comptait en 1856, tant en Europe qu'en Amérique, trente-quatre États

[1] Montesquieu, *Esprit des lois.*

dont la législation était codifiée[1]. De ces Codes, les uns sont antérieurs au Code Napoléon, les autres n'ont été promulgués qu'après lui. C'est une chose remarquable que ce Code n'ait presque rien emprunté à ses devanciers[2], tandis qu'au contraire ceux qui l'ont suivi l'ont tous plus ou moins imité. Je ne parle pas des pays, tels que la Prusse rhénane, la Pologne ou la Belgique, où le Code Napoléon, d'abord imposé par la victoire, a été retenu depuis, comme loi nationale, par un libre consentement et une adoption volontaire; là où il n'est pas resté sous sa forme primitive, les nouvelles œuvres législatives l'ont toujours pris pour sujet de comparaison et le plus souvent pour modèle. Quelquefois, il est vrai, comme en Sardaigne et en Hollande, on le corrige sur quelques points tout en l'imitant; mais cette application même à l'améliorer là où l'amélioration est possible est encore un hommage.

C'est un travail plein d'intérêt que d'étudier comparativement, sur une question donnée, ces lois nombreuses recueillies avec soin, et dont le rapprochement matériel rend la comparaison facile. Les différences y sont beaucoup moins grandes qu'on ne serait disposé à le supposer : on dirait une même famille. Le droit romain a laissé partout son empreinte plus ou moins vive, et il y a pour les législations modernes d'autres sources communes. Chez les nations chrétiennes, les lois peuvent différer dans les formes, beaucoup moins dans les principes; et les formes elles-mêmes se rapprochent singulièrement.

J'en faisais personnellement l'expérience en étudiant, il y a quelques mois, le testament mystique dans son histoire générale et, en particulier, quant à l'obligation traditionnelle et légale d'y imprimer un sceau. Nos trois formes de testament, le testament par acte authentique, — le testament mystique, — le testament olographe, se retrouvent à peu près partout chez

[1] Les législations civiles non codifiées étaient celles de l'Amérique du Sud et de l'Espagne, du duché de Brunswick, des États-Unis, des États romains, de Francfort, de la Grande-Bretagne, de la Grèce, de Hambourg, de Hanovre, du Portugal et du Brésil, de la Saxe, de Saxe-Weimar, de la Toscane, de la Turquie, de Vénezuela, des cantons d'Appenzell, des Grisons et de Saint-Gall, enfin le droit commun allemand.

[2] C'est à peine si l'on peut faire exception pour quelques dispositions du Code prussien. On le trouve parfois cité dans la discussion au Conseil d'État, et il est arrivé au premier consul d'ordonner de le consulter sur une question douteuse.

les nations civilisées; seulement quelques-unes des législations étrangères ont, en outre, retenu du droit romain le testament nuncupatif verbal. D'autres, pour ajouter à la solennité du testament public ou mieux garantir l'inviolabilité du testament secret, font intervenir le pouvoir judiciaire : on teste devant le tribunal, on dépose l'acte de ses dernières volontés entre les mains du magistrat. La nécessité, pour le testament mystique, du sceau avec empreinte, c'est-à-dire du *sceau*, car ce mot, à lui seul, dit tout cela, ressort avec évidence de toutes les dispositions des Codes étrangers qui en règlent les formes. Il est vrai pourtant, et nous ne nions pas que ce soit une amélioration, que quelques-uns de ces Codes prennent plus de soins que le nôtre pour assurer l'efficacité de cette utile prescription.

On reproche au Code Napoléon d'avoir, tout en exigeant l'impression d'un sceau ou cachet, diminué singulièrement l'utilité de cette formalité, en négligeant de prescrire que le sceau serait décrit dans l'acte de suscription pour qu'on en puisse plus tard reconnaître l'identité. Sans exiger cela précisément, le Code Sarde, par exemple [1], veut que le notaire qui reçoit des mains du testateur le testament clos et scellé, indique, en constatant ce fait, *le nombre des sceaux qui y ont été apposés :* précaution encore insuffisante, mais qui est comme un premier pas fait dans cette voie où les lois feront bien d'aller plus loin.

Nous en avons assez dit pour montrer l'utilité de cet important ouvrage; ajoutons qu'un format plus commode [2] facilite beaucoup l'usage de cette nouvelle édition. Aussi paraît-elle avoir été accueillie avec faveur à l'étranger non moins qu'en France. C'est ce dont témoigne une lettre écrite à l'éditeur [3], au nom de Sa Majesté le roi de Wurtemberg. Cette lettre était accompagnée d'une médaille en or « que Sa Majesté, y est-il dit, s'est plu à vous conférer en témoignage de sa haute satisfaction [4].

[1] Art. 751, chap. 4; — dans M. de Saint-Joseph, t. I, p. 103.

[2] L'ouvrage forme quatre volumes in-8°.

[3] M. Cotillon, qui est aussi l'éditeur de cette *Revue*.

[4] Voici le texte complet de cette lettre, écrite le 8 août 1857, par le chargé d'affaires de Wurtemberg :

« Monsieur, Sa Majesté le roi, mon auguste souverain, ayant accueilli avec beaucoup de bienveillance l'exemplaire de l'intéressant ouvrage intitulé *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, etc., que vous avez bien voulu lui offrir, me charge de vous remercier, de sa part, de votre attention, et de vous remettre la grande médaille en or *pour arts et sciences*,

C'est qu'en effet un tel ouvrage est utile partout, quoiqu'il soit plus particulièrement honorable pour la France.

NICIAS GAILLARD.

COMMENTAIRE-TRAITÉ DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES

MIS EN RAPPORT AVEC LA LOI DU 23 MARS 1855 SUR LA TRANSCRIPTION; par M. PAUL PONT, docteur en droit, juge au Tribunal civil de la Seine.

Compte rendu par M. C. BUFNOIR, avocat à la Cour impériale, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Nous sommes heureux d'avoir à annoncer et à analyser la seconde partie du commentaire sur le titre des priviléges et hypothèques publié par M. Paul Pont, en continuation de l'œuvre de Marcadé, et dont l'achèvement est attendu si impatiemment par tout le public juridique.

Cette impatience, à part le mérite de la partie précédemment publiée, et la confiance qu'inspirent le talent et le savoir de l'auteur, s'explique par deux causes qui pourraient lui servir de justification vis-à-vis de ceux qui trouveraient que son travail ne se poursuit pas avec assez de rapidité.

D'une part, on ne peut pas se dissimuler que les ouvrages qui existent actuellement sur la matière des priviléges et hypothèques, sans que nous entendions contester le mérite de certains d'entre eux, sont devenus incomplets et insuffisants : il est aisé de s'en convaincre, en parcourant dans le livre de M. Paul Pont les nombreuses questions qui, n'ayant été soulevées que postérieurement à la rédaction de ces ouvrages, n'ont été discutées que devant les tribunaux, dans les recueils d'arrêts, dans des articles de revues, ou dans des monographies spéciales.

D'autre part, la loi du 23 mars 1855, en apportant quelques modifications fondamentales à notre système hypothécaire, a mis en éveil les praticiens empressés de s'éclairer sur les difficultés nombreuses que cette loi va infailliblement soulever dans

que Sa Majesté s'est plu à vous conférer comme témoignage de sa haute satisfaction. — C'est avec beaucoup de plaisir que j'exécute ses ordres par les présentes, auxquelles j'ai l'honneur de joindre la médaille qui vous est destinée. — Le chargé d'affaires de Wurtemberg,

« *Signé* D'ABELÉ. »

l'application, et dont la curiosité n'a pas encore été pleinement satisfaite par les travaux qui ont été déjà publiés sur la matière.

Dans ces circonstances, la publication d'un livre sur les priviléges et hypothèques, d'un livre qui, comme celui de M. Paul Pont, présente, dans une exposition unique, l'ensemble de notre régime hypothécaire tel qu'il résulte de la combinaison de la loi nouvelle avec les dispositions du Code Napoléon, et qui fond ainsi le commentaire de cette loi dans l'interprétation même du Code, en même temps qu'elle est un événement on ne peut plus intéressant pour tous ceux qui s'occupent à un titre quelconque d'études juridiques, est aussi une lourde tâche pour celui qui s'en est imposé ou en a accepté la charge.

Pour notre compte, c'est avec un sentiment de grande reconnaissance que nous recevons, quoique à un assez long intervalle, cette nouvelle fraction de l'ouvrage de M. Paul Pont; nous nous trouvons amplement récompensé de l'attente par la satisfaction assez rare de tenir entre nos mains un travail mûrement élaboré, fruit d'une méditation profonde, et qui présente dans le langage le plus net des développements souvent nouveaux, toujours intéressants, produits d'une science véritable aidée de l'esprit le plus droit et de la logique la plus vigoureuse.

Tel sera aussi, nous n'en doutons pas, le sentiment du public; il demeurera étonné comme nous que M. Paul Pont, absorbé par ses fonctions de magistrat, tout entier d'autre part à la direction de cette revue, ait pu encore trouver le temps nécessaire pour écrire sur un sujet aussi difficile, plus de six cents pages si riches de doctrine et de détails pratiques. L'accueil plein d'empressement qui a été fait à la première partie du volume ne manquera donc pas à celle-ci.

Aussi bien cette deuxième partie n'est inférieure à celle qui a précédé, ni par l'importance des matières, ni par le mérite de la mise en œuvre ; quelques mots nous suffiront pour faire ressortir l'une et l'autre.

Ce qui frappe d'abord en ouvrant le livre, c'est l'art particulier avec lequel M. Paul Pont, tout en conservant la forme du commentaire, et sans abdiquer aucun des avantages qu'elle assure, a su, soit en intervertissant quelques textes, soit en ménageant habilement ses transitions, soit en dirigeant ses développements avec une logique remarquable, a su, disons-nous, donner à son travail les allures si satisfaisantes pour l'esprit,

d'une exposition dogmatique. Par là se révèle chez lui une qualité bien précieuse et qui, surtout chez un magistrat habitué à voir le droit dans des espèces, indique une grande fermeté d'esprit ; c'est une tendance constante à poser nettement les principes pour procéder ensuite par voie de déduction rigoureuse, faisant ainsi sortir la pratique de la théorie, loin de mettre, comme on le voit trop souvent, la théorie au service des prétendues exigences de la pratique. De là cette indépendance d'opinions par laquelle il se fait gloire de ressembler au jurisconsulte si regrettable qui l'a choisi pour son continuateur. — Ajoutons que ces solutions si scientifiquement déduites sont éclairées par des espèces qui mettent dans tout son jour la pensée de l'auteur ; que la discussion est animée et intéressante quoique toujours modeste et convenable ; qu'en se gardant d'étaler hors de propos une érudition de mauvais aloi, l'auteur sait quand il le faut recourir à l'histoire pour expliquer l'origine des institutions, et emprunter aux anciens auteurs les lumières qui lui sont nécessaires pour la solution des difficultés qu'il examine. — Disons enfin, pour nous résumer, que son livre, et c'est, croyons-nous, le plus bel éloge que l'on puisse en faire, peut être placé dans les mains des élèves non moins utilement qu'en celles des hommes de pratique. Seulement il est peut-être à regretter que, pour la plus grande commodité des uns et des autres, il n'ait pas donné plus de développement aux sommaires placés en tête du commentaire : en présence de l'étendue considérable des explications, on désirerait, pour la facilité des recherches, qu'il en eût multiplié les divisions et donné dans les sommaires une analyse plus circonstanciée.

Quant aux matières, la partie nouvellement livrée au public comprend le commentaire des articles 2114 à 2134 complétés par quelques textes empruntés aux sections suivantes, c'est-à-dire l'étude de l'hypothèque dans sa nature, dans ses diverses espèces, dans son étendue suivant les divers cas et dans le mode de sa constitution. Ce commentaire abonde en théories intéressantes au double point de vue de la doctrine et de la pratique : ce sont d'abord sur la nature juridique de l'hypothèque considérée comme démembrement de la propriété, comme droit réel *immobilier*, des développements pleins d'originalité; puis sur l'indivisibilité de ce droit et, comme s'y rattachant, sur sa cessibilité et le concours des hypothèques générales avec les

hypothèques spéciales, une lumineuse exposition de principes; plus loin sur l'extension de l'hypothèque aux fruits et son influence sur le droit pour le propriétaire de disposer des produits et revenus de sa chose, une dissertation dans laquelle rien n'est oublié. Il faudrait tout citer, jusqu'à cette multitude de questions particulières soulevées en jurisprudence et dont aucune n'est laissée de côté. Mentionnons pourtant encore, relativement à l'hypothèque légale de la femme mariée, quant à son étendue spécialement sur les conquets de communauté, quant à la cession qui peut en être consentie, etc., etc., une théorie complète, dont on peut ne pas accepter toujours les conclusions, mais qui contient un grand nombre de vues nouvelles, et qui est présentée avec de tels détails que l'auteur a cru devoir s'en excuser, comme si son excuse n'était pas dans l'importance du sujet. La loi de la transcription, dont l'explication viendra pour la plus grande partie dans la portion qui reste encore à publier, apparaît pourtant encore ici notamment à propos des subrogations à l'hypothèque légale de la femme, et surtout à propos de l'application de la transcription aux baux et aux cessions anticipées de revenus.

Nous ne saurions entrer dans la discussion des diverses thèses émises par M. Paul Pont : ce ne serait peut-être pas le lieu dans un simple compte rendu; d'ailleurs il s'agit d'un livre inachevé, la plupart de ces doctrines doivent recevoir leur complément dans la fin du traité; il est donc opportun de l'attendre. Il est cependant deux points sur lesquels nous voulons brièvement nous expliquer dès aujourd'hui.

Le premier touche à la loi de la transcription; à ce titre il mérite d'arrêter toute notre attention. Il s'agit de déterminer avec exactitude quelle est la théorie de cette loi en tant qu'elle prescrit de faire transcrire les baux qui ont une durée de plus de dix-huit ans.—L'application de cette disposition ne présente pas de difficultés sérieuses quand le preneur se trouve en présence d'un acquéreur qui a fait transcrire la mutation; mais il n'en est pas de même quand il est en présence d'un créancier hypothécaire qui a pris inscription. Or, voici les deux propositions dans lesquelles on peut résumer la doctrine de M. Paul Pont sur ce point : 1° Tout bail de plus de dix-huit ans consenti mais non transcrit avant une inscription hypothécaire, est réductible de plein droit à cette durée dans l'intérêt du créan-

cier; 2° tout bail consenti postérieurement à l'inscription hypothécaire peut être fait pour une durée illimitée et demeure opposable au créancier pour toute sa durée à la condition d'être transcrit avant la saisie.

Nous admettons bien la première de ces deux propositions, sauf à la préciser; mais il nous paraît que la deuxième méconnaît l'esprit, et aussi croyons-nous le texte sainement entendu de la loi. — Nous pensons, avec la majorité des auteurs, qu'un bail de plus de dix-huit ans ne saurait être consenti au préjudice d'une hypothèque antérieure, conservée par l'inscription quand elle est requise. Quelle peut être, dans l'opinion contraire, l'utilité de cette transcription, qui donnerait rétroactivement pleine valeur aux baux consentis dans de telles circonstances pour plus de dix-huit ans? Si cette opinion était vraie, la loi n'aurait-elle pas détruit d'une main la garantie qu'elle créait de l'autre au profit du créancier? A quoi servirait à ce dernier d'être protégé contre les baux antérieurs non transcrits, si de semblables baux pouvaient intervenir le lendemain, et au profit de la même personne qui n'aurait pu invoquer celui de la veille? Telle n'est pas la loi. — Nous ne dirons pas seulement, avec M. Troplong (n° 202), qu'elle a considéré les baux de plus de dix-huit ans comme excédant les limites de l'administration; nous croyons que la solution ressort du texte lui-même. L'article 3 dispose, en effet : « Les baux qui n'ont point été transcrits, ne peuvent jamais être opposés pour une durée de plus de dix-huit ans aux tiers qui ont des droits.... et qui les ont conservés..... » La traduction est des plus faciles : « Le créancier qui a rempli les formalités requises pour la conservation de son droit, ne doit respecter un bail de plus de dix-huit ans qu'autant qu'il a été *antérieurement* transcrit. » Notre proposition se trouve ainsi démontrée. La solution contraire réduit la loi à néant; elle ne trouve aucun appui dans le texte; elle doit donc être rejetée. — Ce que nous disons des baux doit être appliqué, *mutatis mutandis*, aux quittances ou cessions de loyers ou fermages soumises à la transcription.

Nous avons ajouté, que la première des deux propositions que nous avons présentées comme le résumé de la doctrine de M. Paul Pont avait besoin d'être précisée. Voici en quoi : C'est à l'époque de la saisie seulement que s'élève le conflit entre le preneur et le créancier hypothécaire; c'est donc seulement aussi

à cette époque que ce dernier peut demander la réduction du bail à dix-huit années. Mais à partir de quand? A partir du jour où le bail a été fait, répond M. Paul Pont. — Cela nous paraît trop absolu : nous le tenons pour vrai, bien qu'on l'ait contesté, pour le cas où le commandement à fin de saisie immobilière intervient pendant la première période de dix-huit ans. Que si le bail a déjà excédé cette durée, et qu'ayant été consenti pour quarante ans, mais non transcrit à l'époque de l'inscription, il en est arrivé à la vingt-cinquième année, faudra-t-il dire qu'il cessera immédiatement par l'effet de la saisie? Nous ne le pensons pas, bien que cela paraisse résulter des termes absolus qu'emploie notre auteur. Nous pensons, au contraire, qu'on devra laisser achever la période de dix-huit ans, commencée à l'époque du commandement. Il est bien vrai que la première période de dix-huit ans était la seule primitivement opposable au créancier hypothécaire, mais cette période achevée, le commandement n'étant pas encore intervenu, le débiteur pouvait consentir un nouveau bail de dix-huit années, et l'on doit considérer comme un bail nouveau la période qui a recommencé en vertu de l'ancien. (V. M. Troplong, *Transcrip. hyp.*, n° 205.)

Nous n'admettons pas non plus, et c'est le second point que nous avons précédemment annoncé, que l'hypothèque consentie sur la chose d'autrui soit « frappée dans son principe d'une nullité absolue, d'une nullité irréparable, quels que soient les événements ultérieurs. » (V. M. Paul Pont, n° 630). Nous croyons, au contraire, qu'une telle hypothèque est validée par l'acquisition postérieure de la chose hypothéquée au profit du débiteur, et que cette ratification virtuelle est opposable aux créanciers hypothécaires postérieurs à l'acquisition. — Notre intention n'est pas de rentrer dans tous les détails de la querelle dès longtemps engagée à ce sujet : nous voulons seulement répondre quelques mots aux arguments invoqués en sens contraire par M. Paul Pont.

Suivant lui, aucun principe de droit ne s'opposerait à ce que le débiteur, devenu propriétaire, invoquât lui-même la nullité dont il s'agit. Nous pensons qu'il se trompe : il y en a un, et des plus élémentaires, c'est que : celui qui doit garantir ne peut pas évincer. — Si le créancier hypothécaire voyait son droit anéanti par la revendication d'un tiers, n'aurait-il pas immédiatement un recours contre le débiteur, comme n'ayant pas ob-

tenu les sûretés promises par le contrat? Cela posé, comment permettre au débiteur lui-même de faire tomber la garantie qu'il a donnée, autrement qu'en offrant le remboursement? — L'hypothèque de la chose d'autrui est nulle; sans doute, comme la vente de la chose d'autrui; ce qui n'empêche pas cette dernière d'être validée par application de la règle que nous venons de rappeler, au moins quand l'acquéreur est de bonne foi. — M. Paul Pont insiste sur les expressions de l'article 2129 : « Les immeubles actuellement appartenant au débiteur. » Mais comment ne voit-il pas que leur unique but est de prohiber une fois de plus l'hypothèque des biens à venir? — Il ajoute que dans notre espèce il y a réellement hypothèque de biens à venir : C'est surtout cette idée que nous voulons combattre : que la loi ne protége pas le créancier qui accepte une hypothèque sur les biens d'une succession future, ou, *in globo*, sur ceux que le débiteur acquerra par la suite; c'est bien, car c'est là l'hypothèque sur les biens à venir, et il y aura nullité radicale et absolue, car c'est une convention immorale. Mais à qui fera-t-on croire qu'elle a placé sur la même ligne le créancier qui, de bonne foi, a accepté une hypothèque sur un bien déterminé qu'il voyait peut-être en la possession de son débiteur? — Non, la position n'est pas la même, et le droit romain distinguait très-bien les deux cas, car il admettait *jure civili*, contrairement à notre législation, l'hypothèque des biens à venir, tandis qu'il ne validait qu'au moyen d'une action utile l'hypothèque de la chose d'autrui, quand celle-ci était plus tard acquise au débiteur.

Ce ne sont pas les seuls points sur lesquels nous serions d'un sentiment opposé à celui de M. Paul Pont : nous aurons peut-être quelque jour l'occasion de lui exposer nos doutes, et nous le ferons avec une franchise qui ne saurait le blesser, car ces dissentiments, dans lesquels l'erreur peut être de notre côté, n'ôtent rien à notre admiration pour lui, et ne nous empêchent pas de l'honorer comme un des maîtres de la science.

C. BUFNOIR.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière criminelle.

Par M. Faustin Hélie.

SOMMAIRE.

§ 1. — Le juge d'appel en matière correctionnelle peut-il être saisi de faits qui n'ont pas été soumis au premier juge? Peut-il, dans une poursuite pour blessures faites involontairement, condamner le prévenu pour homicide involontaire, lorsque la mort a suivi les blessures dans l'intervalle du premier au second jugement?

§ 2. — Quels sont les effets de l'arrêt de la chambre d'accusation portant renvoi aux assises sur les exceptions qui n'ont pas été proposées et que cet arrêt n'a pas jugées?

L'accusé de faux serment prêté en matière civile peut-il exciper, soit devant la Cour d'assises, soit devant la Cour de cassation, de ce que l'obligation civile au sujet de laquelle le serment lui a été déféré ne serait pas établie par la preuve écrite ou par un commencement de cette preuve?

Nous réunissons ici quelques points de procédure criminelle qui viennent d'être soumis à la Cour de cassation, et dont la solution n'était point exempte de difficultés. Il nous a semblé qu'il était utile d'en faire l'objet d'un examen particulier.

§ 1. — (Cass. 3 décembre 1857; *Gaz. des trib.* du 4.) — Cet arrêt juge que l'individu condamné par un tribunal correctionnel pour délit de blessures par imprudence, peut être condamné, sur l'appel du ministère public, pour homicide par imprudence, lorsque la mort du blessé est survenue depuis l'appel. Cette décision, qui peut à la première vue provoquer de l'hésitation dans l'esprit des criminalistes, demande quelques explications.

Il n'existe aucun doute sur le point de départ. Le juge d'appel ne peut être saisi que des faits qui ont déjà été portés devant les premiers juges, que de l'action qui a déjà subi l'épreuve d'un premier jugement. Il n'est qu'un deuxième degré de juridiction; sa compétence ne s'ouvre qu'après que le premier degré a épuisé la sienne; elle ne peut s'ouvrir que pour les actions et les faits qui ont déjà traversé ce premier degré. Elle ne consiste que dans un second examen, dans une nouvelle appréciation de la poursuite correctionnelle déjà une pre-

mière fois appréciée; elle ne peut s'étendre à aucun fait, à aucun acte nouveau. Telle est la règle générale de la matière. La jurisprudence en a fait une fréquente application.

Ainsi, un arrêt du 5 décembre 1828 a déclaré que le juge d'appel ne peut statuer sur un fait qui, bien que compris dans un procès-verbal avec un autre délit, n'a point été déféré par la citation aux premiers juges, car « il ne peut d'office statuer sur un délit qui n'est point la matière de la poursuite, et prononcer sur des faits distincts et d'un ordre différent de ceux qui lui sont soumis par la citation. »

Un autre arrêt, du 26 janvier 1847, décide également qu'il ne peut condamner pour infraction au ban de surveillance le prévenu qui n'a été poursuivi que pour vagabondage : « attendu que le principe des deux degrés de juridiction s'oppose à ce que des réquisitions tendant à l'application des lois pénales soient admises pour des faits autres que ceux compris dans la citation originaire, et soient introduites sur l'appel. »

Un troisième arrêt, du 29 avril 1830, décrète dans des termes plus explicites encore que le prévenu d'enlèvement de titres ne peut être condamné en appel pour destruction des mêmes titres, « attendu que c'est seulement à raison du fait énoncé dans les citations que le prévenu est averti de préparer sa défense, et peut par conséquent être condamné par le jugement à intervenir; que sans doute le tribunal correctionnel peut, en examinant toutes les circonstances qui accompagnent le fait, le qualifier autrement qu'il ne l'a été dans la citation, et appliquer un autre article de la loi pénale que celui qui a été invoqué, mais qu'il ne lui est point permis de prendre pour base de la condamnation qu'il prononce un fait qui, au lieu d'être une circonstance accessoire de la citation, en est entièrement distinct; que le juge d'appel n'a pas d'autres pouvoirs à cet égard que le premier juge, et qu'il est soumis aux mêmes obligations, sans quoi il y aurait violation de la règle des deux degrés de juridiction. »

Voilà le principe nettement posé. Il est reconnu, d'ailleurs, que si le délit se composait d'une habitude ou d'une succession de faits, le juge d'appel pourrait apprécier tous les faits qui en sont les éléments, lors même que le premier juge n'en aurait pas relevé quelques-uns, pourvu qu'ils se trouvent compris dans la même incrimination. Ainsi, en matière d'usure,

le juge d'appel doit apprécier, pour fixer l'amende, les nouveaux faits résultant des dépositions des témoins entendus devant lui.

Il importe aussi de ne pas confondre avec les faits nouveaux les nouvelles qualifications données aux mêmes faits. L'ordonnance du juge d'instruction et l'arrêt de la chambre d'accusation, à plus forte raison la simple citation directe, ne lient point la juridiction correctionnelle en ce qui concerne la qualification des faits. La même règle s'applique au juge d'appel : il ne peut pas être plus lié par les qualifications données aux faits par le juge de première instance que celui-ci ne l'est par les qualifications de l'ordonnance ou de l'arrêt de renvoi et de la citation. Il incrimine les faits qui lui sont déférés, et pourvu qu'il se renferme dans ces faits et qu'il n'y joigne aucun fait nouveau, il a le droit de les apprécier et de les qualifier autrement que ne l'avait fait le premier juge.

Cela établi, que faut-il entendre par le fait de la prévention? Faut-il appliquer ici la règle qui régit le grand criminel, et d'après laquelle le jury doit juger l'accusation telle que les débats la font et non telle que la procédure écrite l'a proposée? Faut-il admettre qu'il est permis de statuer en appel, comme le ferait la Cour d'assises, sur tous les faits résultant des débats qui ne sont que la reproduction du fait primitif, qui complètent ce fait ou le modifient, sans en substituer un autre à sa place, qui sont le développement et le corollaire de l'accusation, sans fonder toutefois une accusation nouvelle? Enfin, l'article 338 du Code d'instruction criminelle qui porte que, s'il résulte des débats une ou plusieurs circonstances aggravantes non mentionnées dans l'accusation, le président en fera l'objet d'une question au jury, peut-il être invoqué par analogie devant le juge d'appels correctionnels?

La jurisprudence a déjà eu l'occasion de se prononcer sur cette difficulté. Il a été décidé, par un arrêt du 29 juin 1856, que le juge d'appel pouvait relever les circonstances aggravantes du fait de la prévention, lors même que ces circonstances ne se trouvaient pas mentionnées dans le jugement de première instance. Cet arrêt déclare « que si les tribunaux correctionnels ne peuvent statuer que sur les faits qui leur sont dénoncés, soit par l'ordonnance de la chambre du conseil, soit par la citation donnée au prévenu, il leur appartient néanmoins de les appré-

cier dans leur rapport avec les lois pénales et de leur attribuer leur caractère légal; que l'article 311 du Code pénal punit les coups et blessures volontaires, et prononce une aggravation de peine s'il y a eu préméditation ou guet-apens; que la préméditation ne constitue pas un fait distinct et indépendant des coups et blessures, qu'elle s'y rattache intérieurement, et devient, lorsqu'elle est établie, un des éléments du délit; que, dans l'espèce, la demanderesse était prévenue d'avoir volontairement porté des coups et fait des blessures; que le silence de l'ordonnance de la chambre du conseil, de la citation et de la décision des premiers juges sur la préméditation qui a accompagné ces coups et blessures, n'a pu faire obstacle à ce que cette circonstance fût relevée par l'appel du procureur général; qu'en appliquant la peine qu'elle comporte, le juge d'appel n'a pas changé la prévention originaire; qu'elle n'a ajouté aucun fait nouveau aux faits qui avaient été soumis aux premiers juges; qu'en se bornant à les apprécier autrement et à leur donner un autre caractère, il n'a porté aucune atteinte aux droits de la défense et au principe des deux degrés de juridiction. »

Cette décision pouvait donner lieu peut-être à quelques difficultés. On aurait pu objecter qu'une circonstance aggravante, par cela même qu'elle aggrave le délit, n'en est point un élément; qu'elle vient s'y joindre et s'y incorporer, mais pour en changer le caractère; qu'elle constitue un fait tellement indépendant du fait originaire que celui-ci, dans l'espèce, avait été incriminé isolément; que si elle en est l'accessoire, il ne s'ensuit pas qu'elle y soit implicitement contenue, puisque le fait principal peut exister sans elle; que c'est donc là un fait qui, quoiqu'il se rattache intimement au premier, n'en est pas moins nouveau; qu'il a fallu, pour que les circonstances aggravantes résultant des débats soient soumises au jury, que l'article 338 en fît l'objet d'une prescription expresse; que cette disposition n'a point été appliquée à la compétence de la juridiction correctionnelle d'appel; que, d'ailleurs, autre chose est une qualification nouvelle qui prend le fait tel qu'il est énoncé dans la citation et ne fait que lui imprimer une nouvelle dénomination, autre chose est une aggravation qui ne change la qualification que parce qu'elle change le fait; que si le juge supérieur peut et doit ratifier toute qualification qui lui paraît erronée, c'est

toujours à la condition qu'il ne modifie et ne change le fait qui a été la base de la poursuite; mais dès que la rectification n'arrive à la qualification qu'en modifiant le fait, est-il vrai qu'aucune atteinte ne soit portée à la défense du prévenu, est-il vrai qu'il consacre sur le fait les deux degrés de juridiction?

Il importe de remarquer également que la compétence de la Cour d'assises et celle du juge d'appel ne sont pas tout à fait exigées par les mêmes règles. La Cour d'assises est investie d'une juridiction générale : lorsqu'elle est saisie d'un fait principal qui a les caractères d'un crime, elle est saisie en même temps de toutes les modifications de ce fait, lors même qu'il n'avait plus que les caractères d'un délit; elle juge tous les faits qui peuvent être considérés comme compris dans l'accusation et qui ne constituent pas une accusation différente. Elle ne trouve de limite que lorsque le fait résultant des débats est un fait nouveau, non plus seulement modificatif du fait de l'accusation, mais différent de celui-ci, et constituant, par conséquent, une accusation nouvelle. Le juge d'appel, au contraire, ne peut être saisi que des faits qui ont été soumis au juge de première instance. C'est la conséquence de la règle qui veut que toutes les poursuites en matière correctionnelle soient portées devant deux degrés de juridiction; il faut donc que le tribunal de première instance ait été saisi pour que la Cour puisse l'être à son tour; il faut que le premier degré ait épuisé sa juridiction pour que le second puisse appliquer la sienne; c'est là une garantie qui tient à la constitution même de la juridiction, et qui ne peut, dans aucun cas, être enlevée à la justice.

Mais, dans l'espèce, s'agit-il d'une circonstance aggravante? Examinons le système de la loi pénale : l'article 319 prononce un emprisonnement de trois mois à deux ans contre celui qui, par maladresse ou imprudence, aura commis involontairement un homicide, et l'article 320 réduit cette peine de six jours à deux mois, s'il n'est résulté du défaut d'adresse ou de précaution que des blessures ou coups. Ainsi, le fait ne change point de nature dans ces deux articles; il demeure le même, et c'est le résultat seul qui modifie la peine. Or peut-on considérer comme un fait d'aggravation cette conséquence variable qui suit un acte invariable dans ses éléments constitutifs? Qu'est-ce qu'une circonstance aggravante? C'est un fait qui, en se combinant avec le fait principal, en modifie les éléments, en aggrave

la criminalité. Ainsi, en matière d'homicide, la préméditation ou le guet-apens, l'imputation d'un crime concomitant ou la qualité de la victime viennent à la fois changer les éléments du premier crime et l'aggraver, l'homicide n'est plus qu'un élément de l'assassinat, du meurtre suivi d'un autre crime, du parricide, de l'infanticide. En matière de vol, l'effraction, l'escalade, la fausse clef, la nuit, l'habitation apportent également un élément nouveau au fait primitif; elles changent son caractère; elles lui impriment un caractère plus immoral ou plus dangereux. Est-ce là ce que nous trouvons ici? nullement. Aucun fait nouveau n'est venu aggraver le fait primitif; il a gardé ses premiers éléments; son caractère n'a pas varié. Ses conséquences seules se sont modifiées. Or est-ce qu'il est possible de confondre les conséquences d'un fait avec le fait lui-même, et de voir dans la gravité plus ou moins grande de ses résultats une aggravation de sa nature propre? La preuve, d'ailleurs, qu'il n'y a pas ici une circonstance aggravante, c'est qu'il serait impossible de séparer le fait principal du fait aggravant. C'est un seul et même fait, diversement punissable, il est vrai, suivant qu'il est suivi de tel ou tel résultat. Mais divisez la faute et ses conséquences, est-ce qu'il reste un fait punissable? C'est donc la réunion de ces deux éléments qui constitue le délit; il faut une faute, il faut un homicide ou une maladie. Qu'il y ait maladie ou mort, le résultat est plus ou moins grave, mais le délit conserve ses deux éléments, il n'en prend point d'autre.

Y a-t-il du moins dans cette transformation des blessures en homicide, dans cette maladie qui aboutit à la mort, une modification quelconque du fait primitif? pas davantage. Le fait primitif était, dans l'espèce, une maladresse, une imprudence, une négligence, une simple faute enfin. C'est ainsi que les premiers juges l'avaient apprécié. A-t-il cessé d'avoir ce caractère en appel? A-t-on imputé au prévenu une intention coupable que le premier degré de juridiction n'avait pas reconnue? Nullement. En appel comme en première instance, le fait a été qualifié maladresse ou imprudence; il n'a admis aucun élément nouveau, il ne s'est point modifié. Il est vrai qu'à cette époque de la procédure, une nouvelle conséquence de ce fait s'était produite; le mauvais traitement, qui avait d'abord causé une maladie, a été suivi quelque temps après de la mort. Mais cette conséquence matérielle, intervenue

dans l'intervalle des deux jugements, n'apportait aucune modification au caractère intrinsèque du fait: quel que fût le résultat, c'était toujours un fait d'imprudence, un fait involontaire et non intentionnel; le délit conservait la même base et les mêmes éléments.

A la vérité, le prévenu ne pouvait débattre cette conséquence nouvelle que devant le second degré de juridiction; il n'était admis que devant le juge d'appel à contester qu'elle fût la suite immédiate et directe de la faute qui lui était imputée; il n'avait, en ce qui concerne cette contestation, qu'un seul degré de juridiction. Mais d'abord, en thèse générale, le juge d'appel est régulièrement saisi de toutes les exceptions qui peuvent être opposées à l'action, lors même qu'elles n'auraient pas été opposées en première instance, et de tous les moyens même nouveaux présentés par les parties à l'appui de la prévention ou de la défense. En effet, si l'action doit être identique devant les deux juridictions, si les faits qui en sont la base ne doivent point se modifier en passant de l'une à l'autre, il n'en est pas de même de la discussion de cette action et de ces faits. Il est clair que la règle qui circonscrit la cause dans le même cercle en première instance et en appel ne s'applique point au débat de cette cause; car si l'objet de cette règle est que le procès soit examiné deux fois, il faut nécessairement, pour que cet examen soit efficace, qu'il soit libre et puisse relever même les moyens qui n'ont point été aperçus en première instance. Que servirait l'appel s'il n'était pas permis d'y faire valoir des arguments nouveaux? On n'y trouverait donc aucune protection contre les négligences, les omissions, les surprises de la première procédure! Mais c'est précisément pour sauvegarder la vérité contre ces erreurs et ces oublis que s'ouvre la seconde juridiction, c'est pour que les mêmes faits soient soumis à une discussion nouvelle. De là les conséquences nécessaires que tous les éléments qui se rattachent à ces faits peuvent se produire, même pour la première fois, en appel; car c'est précisément parce que la discussion n'a pas été complète en première instance qu'elle recommence en appel.

Ensuite, si le résultat nouveau est relevé pour la première fois en appel, cela tient au caractère même du délit ou plutôt au caractère de la pénalité qui, lorsque la faute est constatée, se proportionne à la quotité du dommage causé. Comment en

serait-il autrement? Faut-il retourner devant le premier juge pour qu'il apprécie ce résultat postérieur à son jugement? Le premier juge est dessaisi et ne pourrait se ressaisir. Faut-il réserver cette conséquence nouvellement constatée du fait incriminé pour en faire l'objet d'une autre poursuite? Cette réserve n'est pas possible, puisqu'il y aura chose jugée sur ce fait, puisque l'événement de la mort ne peut être incriminé que comme conséquence de la faute, et que la même faute ne peut être l'objet de deux jugements. L'homicide involontaire échapperait donc à toute responsabilité, par cela seul qu'au moment de la citation les blessures ou la maladie qui l'ont précédé auraient seules été dénoncées, et qu'il ne serait survenu qu'après la procédure commencée.

Après tout, quel est le fait qui vient ici se manifester pour la première fois en appel? Ce n'est pas, comme nous l'avons prouvé, une circonstance nouvelle du délit, c'est à proprement parler une aggravation du dommage qu'il a causé. Or il est de principe que le juge d'appel est saisi, en ce qui touche les dommages-intérêts, non-seulement du préjudice dont la réparation a été demandée en première instance, mais encore du préjudice qui aurait été souffert depuis le jugement, pourvu qu'il ait sa source dans les faits dont le premier juge était saisi. Cela résulte : 1° de l'article 212 du Code d'instruction criminelle qui n'apporte aucune limite aux dommages-intérêts dérivant du fait qui a causé la lésion; 2° de l'article 464 du Code de procédure civile qui porte : « Pourront aussi les parties demander des intérêts, arrérages, loyers et autres accessoires échus depuis le jugement de première instance, et les dommages-intérêts pour le préjudice souffert depuis ledit jugement. » On a induit de ces textes que la partie civile est autorisée à élever en appel, plus qu'elle ne l'avait fait en première instance, sa demande en dommages-intérêts, lorsque le préjudice s'est aggravé depuis le jugement (Cass. 23 novembre 1827). On en a induit encore que le prévenu peut obtenir des dommages-intérêts à raison des frais qu'il a fait sur l'appel : « attendu que l'article 212 comprend dans la généralité de ses termes la réparation de tout dommage, quel qu'il soit, causé par la poursuite » (Cass. 2 avril 1843). Le principe était donc dans la législation, et s'il n'était applicable ni dans ses termes mêmes ni dans le cas qu'il avait spécialement prévu, il pouvait du moins être invoqué par analogie

comme une règle générale qui régit la compétence du juge d'appel.

Tels sont les motifs qui nous semblent expliquer et justifier à la fois l'arrêt de la Cour de cassation.

§ 2. — (Cass. 11 décembre 1857; *Gaz. des trib.* du 12.) — Nous abordons maintenant un autre point de la procédure, plus délicat peut-être, et dont la solution donne lieu à quelques difficultés.

Il faut d'abord préciser la question. Un individu avait dénié qu'il eût autorisé sa femme à souscrire un acte de cautionnement d'une obligation de plus de 150 francs. Le serment décisoire lui ayant été déféré, il l'avait prêté, et avait immédiatement poursuivi pour faux serment en matière civile. Un arrêt de la chambre d'accusation avait prononcé son renvoi devant la Cour d'assises, sans qu'il eût opposé aucune exception ni défense; et il n'avait formé contre cet arrêt aucun pourvoi. Condamné par la Cour d'assises à la peine de la dégradation civique, il s'est pourvu, et pour la première fois a fait valoir, comme moyen de nullité, que l'article 1341 du Code Napoléon avait été violé par la poursuite, puisque la fausseté du serment n'avait pu être établie qu'en prouvant par témoins l'existence d'une obligation dont il n'existait aucune preuve écrite. Ce moyen pouvait-il être proposé, était-il recevable devant la Cour de cassation?

Il est hors de doute qu'en thèse générale le serment prêté ne peut être l'objet d'une poursuite criminelle qu'autant qu'il a été produit une preuve écrite, ou un commencement de preuve écrite du fait dénié par le serment, lorsque la loi civile a soumis ce fait à ce genre de preuve. En effet, si les faits criminels peuvent être prouvés par les dépositions des créanciers, il n'en est pas de même des faits civils, dont la preuve est assujettie par la loi civile à la production d'un acte écrit qui les constate. Ce point a été consacré par les nombreux arrêts de la chambre criminelle, qui décident que la fausseté d'un serment prêté en matière civile, sur un objet excédant 150 francs, ne peut être prouvée par témoins, et par conséquent être l'objet d'une poursuite criminelle, à moins qu'il n'en existe une preuve ou un commencement de preuve écrite (Cass. 17 juin 1813, 17 juillet 1841, 20 janvier 1843, 16 août 1844, 29 mars et 25 avril 1845, 13 novembre 1847 et 17 juin 1852). Il est donc certain que, dans l'espèce, s'il n'existait aucune preuve écrite de l'autorisa-

tion maritale déniée par l'accusé, la poursuite criminelle devait être suspendue.

Mais là n'était pas la question du pourvoi, ou du moins cette question ne pouvait se produire qu'après avoir fait juger qu'elle était recevable. La première question était donc celle-ci : Le moyen tiré de la production d'une preuve illégale pouvait-il être invoqué sur le pourvoi, lorsqu'il n'avait pas été proposé devant la chambre d'accusation, que cette chambre n'avait rien statué à cet égard, et qu'aucun pourvoi n'avait été formé contre son arrêt?

Il est nécessaire, pour arriver à une solution de cette question, de rappeler successivement quelques règles qui s'enchaînent entre elles.

La première est que les nullités dont l'instruction écrite se trouverait entachée, doivent être relevées par l'arrêt de la chambre d'accusation. C'est ce qu'on doit inférer de l'article 408 du Code d'instruction criminelle, qui permet le pourvoi contre l'arrêt de cette chambre pour violation ou omission des formalités de la procédure, et qui prononce l'annulation à partir du plus ancien acte nul. Or si cet arrêt peut être attaqué pour violation ou omission des formes établies par la loi, il s'ensuit qu'il se les approprie en maintenant une procédure irrégulière; d'où la conséquence qu'il doit relever ces irrégularités. Et il est impossible d'admettre, en effet, que la loi n'ait voulu donner aucune sanction aux règles fondamentales de la procédure, que toutes les garanties qu'elle a posées dans l'instruction doivent être livrées à la discrétion du juge, et qu'il soit interdit de relever les infractions qui auraient privé l'accusation ou la défense de l'exercice d'un droit légal ou de la protection d'une forme tutélaire. Nous savons que l'esprit de notre Code, qui a réagi en cela, et trop vivement peut-être, contre la législation antérieure, a été de dégager la procédure des nullités que le Code du 3 brumaire an IV avait attachées à tous ses pas. Mais ne serait-ce pas aller d'un excès à un autre excès, que de remplacer les nullités trop multipliées de ce Code par un système qui n'en reconnaîtrait aucune? Comment admettre que le prévenu qui n'a connu aucun des actes de l'instruction, et qui n'a pu par conséquent en signaler les irrégularités, soit privé de ce droit de sa défense au moment où cette instruction est portée devant un juge supérieur chargé de l'examiner?

Une deuxième règle, qui n'est que le corollaire de la première, est que si l'arrêt de la chambre d'accusation omet de relever les vices de la procédure ou les écarte irrégulièrement, il y a ouverture à cassation. C'est la stricte application des termes de l'article 408. Il ne s'agit pas d'ailleurs d'attacher à ces irrégularités, même aux plus graves, une nullité nécessaire qui réagisse sur toute l'instruction. Il ne s'agit que d'imposer à la chambre d'accusation qui connaît les résultats de l'instruction, le devoir d'en examiner les actes pour réfréner les écarts des juges; il ne s'agit que de soumettre l'arrêt de la chambre d'accusation à l'appréciation prudente et éclairée de la Cour de cassation. On avait objecté à cette doctrine l'article 299, qui limite le nombre des nullités que l'accusé peut proposer contre l'arrêt de renvoi. Mais il a été répondu que le projet du Code d'instruction criminelle ayant été présenté au Corps législatif en plusieurs projets successifs, l'article 299 avait perdu de vue les articles 408, 413 et 416 qui faisaient partie d'un autre projet de loi; qu'il est évident que la pensée de la loi n'a pu être de renfermer le pourvoi dans les termes de l'article 299, puisqu'elle l'étendait de la manière la plus explicite dans l'article 408, puisqu'elle traçait dans d'autres dispositions des règles applicables à tous les arrêts, et puisque, dans quelques textes même, comme dans l'article 234, elle ouvrait contre l'arrêt même de la chambre d'accusation un moyen spécial de nullité. Il est très-vrai que le législateur a voulu que toutes les nullités de la procédure antérieure fussent purgées avant l'ouverture du débat; mais s'il a limité les délais de l'article 296 aux moyens de nullité déterminés par l'article 299, il n'a pas limité ces moyens eux-mêmes.

Ces deux points reconnus, nous en déduisons cette conséquence que l'arrêt de la chambre d'accusation, quand il n'a été frappé d'aucun pourvoi, couvre toutes les irrégularités de la première procédure. C'est contre cet arrêt, en effet, que l'article 408 ouvre le pourvoi et non contre les actes de cette procédure; ces actes ne peuvent donc être attaqués isolément, ils ne peuvent l'être, s'il y a lieu, qu'en attaquant l'arrêt lui-même qui prononce sur l'instruction écrite, et ne fait, lorsqu'il la juge régulière, qu'en dégager les conséquences. D'ailleurs, la juridiction saisie par le renvoi serait incompétente pour connaître de ces nullités, c'est-à-dire pour annuler la procédure écrite;

et on peut admettre que les parties ont pu valablement renoncer à relever des irrégularités de procédure lorsque leur pourvoi n'aurait eu d'autre effet que de retarder le jugement du fond.

Mais quelles sont les nullités que le défaut de pourvoi peut couvrir? Cette règle s'applique-t-elle aux exceptions qui peuvent être opposées à l'action? Le défaut de pourvoi contre l'arrêt de renvoi rend-il le prévenu non recevable à les proposer devant les juges saisis? Il y a une distinction importante à poser.

S'il s'agit d'une exception qui tend à faire déclarer la déchéance de l'action, comme l'amnistie, la prescription, la chose jugée, il est clair que le prévenu ne peut être privé du droit de la faire valoir. En effet, s'il ne l'a pas proposée devant la chambre d'accusation, s'il ne s'est pas pourvu contre l'arrêt de renvoi, s'ensuit-il que son acquittement ait pu faire vivre une action qui serait éteinte? Dépend-il de son silence de faire déclarer délit un fait qui a perdu son caractère pénal, ou de faire appliquer une peine qui n'aurait plus de base légale? Est-ce que le juge qui reconnaît dans le débat que le fait est prescrit, ou qu'il a été l'objet d'un précédent jugement, n'a pas le devoir de prononcer la prescription ou la chose jugée? Or, s'il le peut d'office, s'il n'est pas lié par l'arrêt de renvoi, comment le prévenu n'aurait-il pas la faculté de faire valoir une exception que le jugement peut consacrer? La règle qui répute, à l'égard des nullités de procédure, que le défaut de pourvoi revêt l'arrêt de renvoi de l'autorité de la chose jugée, n'est qu'une fiction; car si l'arrêt n'a pas statué sur ces nullités, comment peut-il les couvrir? Mais le motif de cette fiction, créée pour ne pas prolonger les procédures, est que le prévenu peut valablement renoncer à les faire valoir. Il n'en peut être ainsi des exceptions préremptoires, puisqu'elles sont fondées, non pas seulement sur l'intérêt du prévenu, mais sur l'intérêt général de la société, et que, par conséquent, sa renonciation ne peut les anéantir; elles coexistent pour ainsi dire avec le fait qu'elles frappent; elles lui impriment un caractère nouveau, et il n'est plus permis à la justice de faire abstraction de l'altération qu'il a subie.

Mais s'il s'agit d'une exception qui tend, non plus à l'extinction de l'action publique, mais qui ait pour objet de la tenir seulement en suspens ou de la faire déclarer non recevable quant à présent, telle que le défaut de plainte d'une partie lésée, le

défaut d'autorisation si l'inculpé est fonctionnaire public, la question d'état au cas de poursuite pour suppression d'état, l'absence d'une preuve littérale dans les délits résultant de la violation d'un contrat, la décision devra-t-elle être la même? Quant aux deux premières exceptions, la solution n'est pas douteuse. Le législateur n'a pas voulu, par des motifs d'intérêt général, qu'en matière d'injures l'action pût être exercée sans une plainte de la partie lésée; que lorsqu'un fonctionnaire est inculpé d'un fait relatif à sa fonction, il pût être mis en jugement sans autorisation; mais ce sont là des formes dont la violation est couverte par le défaut de pourvoi contre l'arrêt de renvoi.

Il n'en est plus ainsi lorsqu'au cas de crime qui tend à modifier l'état civil d'une personne, on peut arriver à trancher par une poursuite criminelle la question d'état. Faut-il laisser à la disposition des parties l'application d'une règle qui tient à l'ordre social? Parce que cette règle n'aura pas été opposée devant la chambre d'accusation, parce qu'il n'aura pas été formé de pourvoi contre l'arrêt de renvoi, s'ensuivra-t-il que les juges saisis, qui constateront qu'elle est applicable au procès, ne pourront l'appliquer? Cette question s'est élevée en matière de bigamie. Aux termes des articles 188 et 189 du Code Napoléon, l'époux au préjudice duquel un second mariage a été contracté peut en demander la nullité; et si l'époux attaqué oppose la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement. Devant les tribunaux civils, la validité du premier mariage constitue donc une question d'état prédudicielle qui doit faire l'objet d'une instance séparée, et dont la décision doit précéder le jugement relatif à la validité du second mariage. Or si cette question a le caractère d'une question préjudicielle lorsqu'elle est soulevée devant les tribunaux civils, si elle doit former une instance principale lorsqu'elle est agitée incidemment à une action en nullité contre le second mariage, elle doit évidemment conserver le même caractère et être jugée dans les mêmes formes, lorsqu'elle surgit incidemment à une action criminelle, car elle ne change pas de nature parce qu'elle est transportée d'une juridiction à une autre. Dès lors cette exception, qui soumet l'action publique à une condition, qui enchaîne ses mouvements, peut être soulevée devant la Cour d'assises, même lorsque l'arrêt de renvoi

ne s'est pas expliqué, car la Cour d'assises conserve toujours le droit d'apprécier les exceptions qui atteignent l'action. Cette doctrine a été pleinement confirmée par la jurisprudence (Cass. 25 juillet 1811, 22 juin 1820, 16 janvier 1826 et 4 septembre 1840).

La même question s'est élevée en matière de filiation. Il est arrivé que la question d'état, qui ne s'était pas soulevée dans le cours de la procédure écrite, ne s'est produite que devant la Cour d'assises. La Cour de cassation n'a jamais hésité à reconnaître que la Cour d'assises, lors même que l'arrêt de renvoi est passé en force de chose jugée, ne peut procéder au jugement du crime de suppression d'état; elle a décidé « que l'avis rendu par la chambre d'accusation a reçu son exécution par la transmission de l'accusé et du procès à la Cour d'assises, et n'a pu imposer à cette Cour ainsi saisie d'autre obligation que de prendre connaissance du procès et de statuer selon les règles établies par les lois; que le fait incriminé constitue le crime de faux et de suppression d'enfant, en ce qu'il a pour objet et pour résultat d'établir une filiation autre que celle de la loi et de la nature; qu'il a été reconnu constant par la Cour d'assises que, jusqu'à présent, il n'a été accordé par les tribunaux civils aucun jugement quelconque sur la question d'état et à laquelle ce fait peut donner lieu; que dans ces circonstances, aux termes de l'article 327 du Code Napoléon, la Cour d'assises n'a pu statuer sur l'accusation, et qu'en déclarant qu'il n'y a lieu de poursuivre, quant à présent, elle a fait une juste application de l'article 327 et n'a point méconnu les règles de la généralité de sa juridiction » (Cass. 21 mai 1813, 22 juin 1820). Cette jurisprudence est conforme à la loi. En effet, l'article 327 pose une règle générale, et cette règle doit atteindre l'action qui aurait été irrégulièrement introduite à tous les degrés de juridiction où elle est parvenue. Par quel motif, lorsque la loi interdit aux tribunaux criminels de connaître de l'action criminelle et avant le jugement de la question d'état, la Cour d'assises serait-elle exceptée de cette interdiction? La raison qui prohibe la discussion de cette question devant la juridiction criminelle n'existe-t-elle plus devant la Cour d'assises? La plénitude de juridiction dont elle est investie lui donne sans doute le droit de statuer sur tous les crimes et délits, lors même qu'ils appartiendraient à d'autres tribunaux, mais elle ne l'affranchit pas des règles que

le jugement de ces infractions rencontrerait devant ces juridictions.

Nous arrivons maintenant à l'exception tirée de l'absence d'une preuve littérale. Faut-il assimiler cette exception, comme nous l'avons proposé dans un autre lieu[1], à celle qui résulte de la question d'état? Faut-il ne voir, dans ces deux hypothèses, qu'une même infraction à la prohibition de la preuve testimoniale en matière de suppression d'état et de violation de contrats? Faut-il permettre à l'exception fondée sur le défaut de preuve écrite de se produire en tout état de cause? Nous sommes amené, par l'espèce actuelle, à reconnaître qu'on ne doit pas poser ici une règle trop absolue.

Assurément, dans la poursuite des délits qui consistent dans la violation d'un contrat, la preuve du contrat, nécessaire pour arriver à la preuve du délit, ne peut, aussi bien que la preuve de la filiation, en matière de suppression d'état, ou la preuve du premier mariage, en matière de bigamie, être faite que conformément aux règles du droit civil. La prohibition de la loi n'est pas moins formelle dans un cas que dans l'autre. L'intérêt des familles ne serait pas moins blessé par les attaques téméraires dont les conventions seraient l'objet que par celles qui seraient dirigées contre la vérité des filiations ou la solidité des mariages. Il semble donc, à la première vue, que l'exception doit avoir le même effet dans les deux hypothèses, et que si la Cour d'assises doit s'arrêter devant la question d'état, elle doit s'arrêter également devant le contrat qu'aucune preuve civile ne vient constater. Mais une réflexion plus attentive fait remarquer une notable différence.

En matière d'infractions qui soulèvent une question d'état, l'incompétence de la juridiction répressive est absolue; elle ne peut, lors même que l'action criminelle lui est déférée, en connaître et y statuer. Le jugement préalable de la question d'état par les tribunaux civils est la condition essentielle de sa compétence; jusqu'à ce que ce jugement ait été rendu et soit devenu définitif, elle ne peut procéder à aucun acte; elle est, pour ainsi dire, fermée à une action qui ne peut naître encore. Elle est donc tenue de déclarer cette action non recevable, à quelque degré de la procédure qu'elle soit parvenue. Les règles

[1] *Traité de l'instruction criminelle*, t. VI, p. 614.

qui régissent la preuve des contrats ne sont point aussi absolues.

» La règle, en premier lieu, qui interdit la preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, admet plusieurs exceptions; elle en admet notamment, lorsqu'il existe un commencement de preuve écrite, et l'on considère comme un commencement de preuve l'aveu que ferait la partie. Or la juridiction répressive est compétente pour apprécier s'il existe ou non un commencement de preuve par écrit. Ce n'est point là, comme l'avait pensé M. Carnot, une question préjudicielle qui soit de la compétence des tribunaux civils; les tribunaux criminels sont tenus d'observer les règles relatives à l'admissibilité de la preuve testimoniale en matière civile; ils statuent comme statueraient en pareil cas les tribunaux civils eux-mêmes. C'est là leur obligation; mais cette limite de la preuve n'est point une limite de la compétence; ils obéissent aux règles de la matière civile, mais il les appliquent eux-mêmes.

Cela posé, lorsqu'il n'y a pas eu opposition de la part du prévenu dans le cours de la procédure écrite, il peut arriver ou que son silence soit considéré comme une sorte d'aveu de l'existence du contrat, ou que l'information irrégulièrement ordonnée fasse surgir un commencement de preuve par écrit. Dans la première hypothèse, les juges peuvent induire du défaut de contestation et de conclusion de la part du prévenu une sorte de reconnaissance de l'existence de la convention. Dans la seconde, ils peuvent régulariser une preuve irrégulièrement admise, en déclarant qu'il existe dans la cause un commencement de preuve par écrit.

Ce n'est pas qu'il faille considérer la prohibition de l'article 1341 comme une fin de non-recevoir que le prévenu pourrait opposer ou ne pas opposer. La prohibition est posée, non dans le seul intérêt des parties privées, mais dans un intérêt public, et le consentement du prévenu ne peut autoriser le juge à s'en affranchir. Mais, à côté de la règle, la loi a placé l'exception. S'il ne peut suppléer à la preuve écrite, quand elle manque entièrement, il peut rechercher s'il existe un commencement de cette preuve et la compléter alors par la preuve testimoniale. Or ce commencement de preuve peut se trouver dans tous les documents de la cause, dans les déclarations du prévenu, dans ses contradictions, dans ses explications, dans ses

réticences. Il y a donc ici un pouvoir d'appréciation qui ne peut être contesté au juge, pourvu qu'il ne l'exerce que dans les limites légales.

C'est là ce qui doit conduire à décider que cette fin de non-recevoir doit partager le sort des nullités de procédure et se trouver couverte par le défaut de pourvoi contre l'arrêt de renvoi. Ce défaut de pourvoi doit être considéré comme une adhésion à l'instruction déjà édifiée, comme une reconnaissance de contrat dénié, comme un aveu que la preuve testimoniale a été régulièrement employée. On doit penser qu'aux yeux des juges, il résultait des divers errements de la procédure, soit des interrogatoires du prévenu, soit des actes émanés de lui, un commencement de preuve écrite, et que si ce commencement de preuve n'existait pas au début de l'instruction, il s'était formé dans son cours et s'était produit devant la chambre d'accusation.

C'est dans ce sens qu'il faut entendre l'arrêt rendu par la chambre criminelle, le 11 décembre 1857, arrêt qui ne fait d'ailleurs que confirmer un précédent arrêt du 5 septembre 1812, dont les termes un peu équivoques avaient introduit quelque confusion sur ce point

FAUSTIN HÉLIE.

NATURE DE L'OBLIGATION DE GARANTIE

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS.

SA DIVISIBILITÉ OU SON INDIVISIBILITÉ.

Par M. L. A. Eyssautier, avocat, docteur en droit.

(*Suite*[1].)

14. En quoi consiste l'obligation de garantie? Quelle est sa nature, son objet? Il faut émettre à cet égard des idées bien précises; elles nous conduiront naturellement à la solution de notre question.

Chez les Romains, l'obligation de garantie naissait de l'obligation de *præstare rem habere licere;* chez nous le vendeur est obligé de *faire jouir* l'acquéreur de la chose vendue, d'où découlent pour lui l'obligation de livrer, c'est-à-dire de mettre l'acquéreur en possession, et celle de garantir, dont l'objet est de conserver à l'acquéreur cette possession qui lui a été transmise par la délivrance. Obligation de livrer, obligation de garantir, ne sont que deux modes de l'obligation de *faire jouir;* elles ont le même objet, la possession de la chose vendue par l'acquéreur; elles ne diffèrent que par une seule circonstance : dans la première, l'acquéreur n'a pas encore la possession, il faut la lui donner; dans la seconde, il l'a déjà reçue, il faut la lui maintenir, ou, s'il l'a perdue, la lui rendre. Aussi, avec M. Rodière, trouvons-nous fort heureuse cette définition de la garantie : c'est une *délivrance continuée.* Écoutons aussi Domat[2]: « La garantie de droit est la sûreté que doit tout vendeur » pour maintenir l'acheteur en la libre possession et jouissance » de la chose vendue, et pour faire cesser les évictions et autres » troubles de la part de quiconque prétendrait sur la chose » vendue ou un droit de propriété, ou autre quelconque, par » où le droit qui doit être naturellement acquis par la vente fût » diminué. »

Ainsi, conserver à l'acquéreur la possession, le faire jouir de la chose vendue, et nous ajoutons *n'importe par quels*

[1] V. ci-dessus, p. 318.
[2] *Lois civiles*, t. I, liv. I, sect. 8, n° 6.

moyens, telle est l'obligation principale, directe du débiteur de la garantie, la seule que directement puisse exiger l'acquéreur, et doive exécuter le vendeur.

Au cas d'inexécution de cette obligation, comme de toute autre, naît une autre obligation, mais subsidiaire, celle d'indemniser l'acquéreur du préjudice qu'il a éprouvé, et de lui restituer le prix. Dirons-nous avec Dumoulin que c'est là un second chef de l'obligation de garantie? Non, car il faudrait reconnaître dans toute obligation deux chefs (l'obligation principale et l'obligation subsidiaire en dommages-intérêts), sinon la distinction faite seulement en matière de garantie pourrait devenir l'occasion de quelque erreur. L'acquéreur n'a jamais, même après l'éviction, le droit de réclamer principalement la restitution du prix et les dommages-intérêts; il ne peut les réclamer que subsidiairement, et le vendeur, de son côté, ne peut à son gré substituer à sa dette principale celle de payer des dommages-intérêts. Déjà ce principe a servi à réfuter l'argument par lequel on voulait prouver la divisibilité de l'exception, après avoir proclamé l'indivisibilité de l'action [1]. En voici une autre application. Dumoulin dit que ce deuxième chef de la garantie est divisible, et que l'acquéreur ne pourra réclamer à chaque garant qu'une part des dommages-intérêts. Cela n'est pas entièrement vrai; car si l'obligation de garantie était indivisible, le créancier aurait le droit, comme pour toute créance indivisible, de réclamer à chaque débiteur tous les dommages-intérêts, sauf à ce dernier à user du bénéfice de l'article 1225 en appelant ses codébiteurs en cause. L'indivisibilité de l'obligation principale rejaillit ainsi sur l'obligation subsidiaire [2].

Les auteurs ne définissent pas l'obligation de garantie comme nous l'avons fait; les partisans même de la divisibilité de l'exception disent que « l'objet immédiat et primitif de cette obligation est la prise de fait et cause pour l'acheteur, c'est-à-dire la défense de la cause de l'acheteur, dont le vendeur est obligé

[1] V. ci-dessus, n° 8.

[2] Aussi M. Duranton (t. XI, n° 264) commet une grande erreur quand, après avoir admis l'indivisibilité de l'action de garantie, il dit que l'article 1225 ne sera pas applicable. Telle est, d'après lui, l'opinion de Dumoulin et de Pothier; elle n'en est pas moins illogique. Et cela prouve une fois de plus qu'en proclamant l'indivisibilité de l'action, ces jurisconsultes sont entraînés par l'équité à en répudier les conséquences.

de se charger, *factum defendendi*[1]. » Quant à nous, nous ne voyons dans la défense à l'éviction qu'un *moyen* pour l'acquéreur d'exécuter son obligation de maintenir en possession, de faire jouir. Nos adversaires sont forcés eux-mêmes, pour établir la divisibilité de l'exception, de revenir à nos idées sur la nature de la garantie; c'est alors qu'ils distinguent dans la garantie trois chefs : *faire jouir*, défendre, payer les dommages-intérêts, et qu'ils posent en principe que l'obligation principale est de faire jouir[2]. Dumoulin a ainsi découvert la lumière qui devait le guider; malheureusement il avait parcouru la moitié de sa route, et, en l'absence de cette lumière, il s'était égaré.... Que d'obstacles pour revenir ensuite à la bonne voie! Il lui fallut sacrifier la logique, et les partisans de l'indivisibilité de l'action de garantie en profitent pour s'écrier : Pourquoi, à propos de l'exception, distinguer entre faire jouir et défendre, quand on ne l'avait pas fait à propos de l'action? Faire jouir n'est pas autre chose que défendre. Dumoulin était illogique, mais c'était pour revenir à la vérité; ses adversaires préfèrent persister dans l'erreur par amour pour la logique..... Sans doute, nous ne dirons pas que faire jouir et défendre sont deux obligations distinctes; mais, retournant la proposition, nous dirons que défendre n'est pas autre chose que *faire jouir*, et nous répéterons que défendre n'est qu'un moyen de faire jouir[3].

De cette discussion qu'une seule chose reste, c'est que la seule obligation du vendeur est de faire jouir l'acquéreur de la chose vendue.

Ce premier point établi, arrivons à un second. Comme en droit romain, chez nous l'acquéreur n'a pas droit à la garantie pour le tout si l'éviction n'est que partielle, et l'article 1636 pose en principe qu'il ne peut faire résilier la vente que si la partie évincée est de telle importance que, sans elle, l'acheteur n'aurait pas consenti à la vente. La règle est la même, que l'éviction porte sur une partie divise ou indivise. La loi ne présume donc pas que l'éviction d'une partie de la chose puisse amener

[1] Pothier, *Vente*, n° 103.

[2] Dumoulin, *Div. et ind.*, 2e part., nos 498 et suiv.— Pothier, *Vente*, n° 174. — Troplong, *Vente*, t. I, n° 457.

[3] *Défendre* est pris ici, bien entendu, dans le sens restreint de défendre en justice à l'éviction; en étendant le sens du mot, on pourrait arriver à le rendre synonyme de *faire jouir*.

la résiliation de toute la vente, et elle admet que, conservant une partie de la chose vendue, l'acquéreur reçoive des dommages-intérêts à raison de l'éviction du reste.

15. Maintenant que nous connaissons la nature de l'obligation de garantie, nous verrons facilement si elle est ou non divisible.

Il faut distinguer. Si l'objet de la vente n'est pas susceptible de parties, l'obligation de garantie sera indivisible comme les autres obligations dérivant de la vente, comme l'obligation de livrer, comme, dans ce cas aussi, l'action en réméré et en lésion. Comment garantir pour partie de l'éviction d'un droit de passage?

De même, nous admettons que, si la chose vendue est divisible, l'obligation de garantie pourra être indivisible *solutione*, suivant l'intention des parties, et dans les cas spécialement prévus par l'article 1221.

Mais nous soutenons que la chose vendue étant supposée divisible, on ne peut *à priori*, et en dehors des circonstances de fait, dire que l'obligation de garantie sera toujours indivisible; nous prétendons, au contraire, qu'en principe elle est divisible. L'obligation de garantie sera, comme celle de livrer, tantôt absolument indivisible, tantôt indivisible *solutione*, tantôt, au contraire, complétement divisible.

Pothier dit que l'action en garantie n'est indivisible que *solutione*, et c'est l'opinion commune; comment pourrait-elle être absolument indivisible, puisqu'il n'a jamais été contesté qu'elle fût divisible du côté des créanciers? Or nous nous demandons comment il est possible de soutenir qu'une obligation, que l'on reconnaît ne pouvoir être qu'indivisible *solutione*, et dont l'objet, par conséquent, est susceptible de parties, ne soit jamais divisible! N'est-ce pas l'intention formelle ou présumée des parties qui rend l'obligation indivisible *solutione?* Si cette intention est contraire, l'obligation ne sera-t-elle pas divisible? Et, si elle peut être divisible, pourquoi présumera-t-on l'indivisibilité qui, dans la loi, n'est qu'une exception?

Ces observations, avant d'entrer dans la discussion, paraissent la rendre inutile.

Toutefois si, parmi les auteurs les uns disent formellement que l'obligation de garantie est indivisible *solutione*, et les autres semblent en convenir, plusieurs des moyens invoqués

par eux tendent à conclure à l'indivisibilité absolue. Cela ne rendra pas notre réfutation plus difficile.

16. L'exécution partielle de l'obligation de garantie est-elle possible? Là est toute la question.

Or si le vendeur a fait maintenir l'acquéreur, menacé d'éviction, en possession d'une partie de la chose vendue, n'a-t-il pas exécuté une partie de son obligation? Il était tenu à lui conserver la possession de toute la chose, il lui conserve la possession de la moitié, il exécute pour moitié. Et supposons que la garantie soit due par deux vendeurs ou deux héritiers du vendeur, chacun doit garantie pour la moitié de la chose; dès le moment où l'un d'eux a pu faire maintenir l'acquéreur en possession de cette moitié, comment ne serait-il pas libéré?

Qu'objecte-t-on? La possession ne peut être divisée : comment concevoir une moitié, un tiers de la possession, de la jouissance d'une chose! dit un arrêt de Bruxelles[1], et répète M. Dalloz. — Pure équivoque! Sans doute, on ne peut procurer la moitié de la possession de toute une chose; mais en procurant la possession entière de la moitié, n'a-t-on pas exécuté pour moitié l'obligation de faire jouir de toute la chose?

Si l'on ne conçoit pas une fraction de jouissance, on conçoit si bien la jouissance d'une partie indivise d'une chose divisible, qu'on reconnaît comme divisible l'obligation de livrer, qui consiste, comme celle de garantie, à faire jouir. Comprendrait-on, comme le dit Dumoulin, que celui qui, avant la délivrance, n'est tenu de transmettre que la possession d'une partie, soit, après la délivrance, obligé de conserver à l'acquéreur la possession de toute la chose?.... En parlant ainsi, nous ne nous préoccupons pas de la *tradition* du droit romain, comme on l'a reproché aux partisans de la divisibilité; nous ne parlons que de l'obligation de livrer, qui existe encore dans notre droit. M. Marcadé dit que Pothier a reconnu que l'action en délivrance n'a rien de commun avec l'action en garantie; Pothier a dit aussi le contraire à propos de l'exception de garantie; il n'a pas été logique, on a raison, mais nous n'en sommes pas responsable.

Ainsi, pour nous, si l'acquéreur est menacé d'éviction, chaque garant sera libéré en le faisant maintenir en possession de la

[1] *Cass. belge*, 5 juin 1856 (D., 56, 2, 209).

part pour laquelle il doit garantie; si l'éviction est accomplie, en lui faisant restituer cette part (sauf les dommages-intérêts pour le trouble apporté à la jouissance, et les frais du procès); et enfin si l'un des garants veut évincer lui-même l'acquéreur, il ne sera passible d'aucune exception, s'il respecte la part dont il est garant.

Ces principes sont admis par M. Troplong[1]; mais comment alors ne reconnaît-il pas la divisibilité d'une action à laquelle chaque débiteur peut se soustraire en payant sa part de la dette? L'incompatibilité de ces idées se trahit chez l'illustre auteur; il venait de reproduire fidèlement le système de Dumoulin et de Pothier, et de conclure avec eux à l'indivisibilité, quand tout à coup il fait un retour sur lui-même; il craint d'être allé plus loin qu'il ne voulait, et croit nécessaire de limiter la portée de ses preuves et de sa conclusion. Bientôt nous verrons à quoi il réduit cette indivisibilité aussitôt répudiée que prétendue prouvée, dont il conserve le nom, mais qu'en fait il sacrifie. Pourquoi M. Troplong n'a-t-il pas fait encore un pas vers la vérité?

Mais voyons ces arguments de Dumoulin répétés par tant d'auteurs.

17. On dit, en premier lieu, que chaque garant est obligé de défendre l'acquéreur contre celui qui veut l'évincer, et qu'il est impossible de défendre pour partie; car comment faire une moitié de plaidoirie, faire valoir la moitié d'un argument, produire la moitié d'un titre?.... Ce n'est encore là qu'une équivoque, faute de s'entendre sur la portée des expressions qu'on a employées.

Si par *défendre* on entend faire cesser l'éviction d'une manière quelconque, faire maintenir l'acquéreur en possession, nous dirons que c'est là une obligation divisible: nous venons de le prouver. Si l'on ne lui donne d'autre signification que celle de *plaider*, présenter les moyens de défense devant un tribunal (et non pas même conclure), oh! sans doute nous avouerons de

[1] *Vente*, n° 457, *ad fin.* — Telle était l'opinion de d'Argentré, et, pense M. Troplong, celle de Dumoulin et de Pothier. Nous le croirions volontiers, quoique leur système conduise à des conséquences directement contraires; nous irons même plus loin : nous croyons que, sans les textes du droit romain, Dumoulin aurait conclu à la divisibilité de l'action comme à celle de l'exception, et sans doute M. Troplong y aurait conclu sans l'influence, si puissante sur tous, de nos deux grands jurisconsultes.

tout cœur que la plaidoirie est indivisible, mais nous ne pourrons en induire que l'obligation de garantie le soit. Enfin, on peut donner à ce mot un sens et moins large et moins restreint, celui de défendre, de conclure en justice. Or est-il possible de défendre pour partie, ou ne peut-on défendre que pour le tout?... Deux mots avant de répondre.

Nous nions que le garant soit *obligé* de défendre en justice à l'action en éviction; il le peut, il n'y est pas tenu [1]. C'est ce que Dumoulin exprimait en disant que cette obligation n'est ni précise ni absolue; nous prétendons davantage, et soutenons que ce n'est pas là une obligation, puisqu'on ne peut en exiger l'exécution, puisque le débiteur n'est pas *obligé* à l'exécuter. Et comment la loi l'obligerait-elle à soutenir un procès qu'il ne croirait pas fondé? La défense en justice n'est pour le garant qu'un moyen d'exécuter son obligation, celle-là très-précise, très-absolue, à laquelle il voudrait en vain en substituer une autre [2], son obligation, disons-nous, de maintenir l'acquéreur en possession, mais ce n'est pas le seul moyen de l'exécuter; ne peut-il, en effet, obtenir à prix d'argent, par transaction, ou de toute autre manière, que l'acquéreur ne soit plus troublé en la possession de la part pour laquelle il doit garantie? L'obligation est ainsi exécutée d'une manière divise; et, alors même que l'on ne pourrait défendre en justice pour partie, l'obligation de garantie ne serait pas moins divisible, le débiteur n'étant pas tenu à employer ce moyen pour l'exécuter.

Empressons-nous de dire que l'on peut parfaitement défendre pour partie à une action en justice. N'en sommes-nous pas témoins tous les jours devant les tribunaux, quand plusieurs débiteurs sont attaqués par leur créancier commun? Chacun ne plaide que pour sa part et portion. L'acquéreur est évincé; il a deux garants, il les assigne. Oh! sans doute, s'ils ont les mêmes moyens à faire valoir, ils ne pourront pas pour cela plaider chacun la

[1] L'article 182 du Code de procédure est formel en ce point : « ..... le garant *pourra* prendre le fait et cause du garanti. »

[2] Quand Dumoulin dit que l'obligation de défendre n'est pas précise, il a raison, en donnant à ce mot le sens de défendre en justice; mais il a tort quand il ajoute qu'elle peut toujours faire place à l'obligation de payer des dommages-intérêts; car si le garant est libre de ne pas défendre en justice, il est tenu de faire jouir l'acquéreur : c'est là l'obligation principale, qui ne peut se résoudre en dommages-intérêts au gré des parties. Dumoulin confond les divers sens du mot *défendre*.

moitié d'un moyen, produire la moitié d'un titre, mais chacun fera valoir tous les moyens pour demander que l'acquéreur soit maintenu en possession de la moitié de la chose; c'est dans la conclusion qu'il faut voir si l'on a défendu pour le tout, et chacun des garants non-seulement ne conclut que pour une part, mais n'aurait pas le droit de conclure pour le tout. Voilà ce qui arrive quand tous les garants ont à faire valoir les mêmes moyens, par exemple au cas où le vendeur a laissé plusieurs héritiers. Mais quand la vente a été faite par plusieurs vendeurs, ils peuvent n'avoir pas les mêmes moyens à invoquer, l'origine de leurs droits sur la chose vendue peut être complétement différente, et alors il y a pour eux impossibilité absolue de défendre pour le tout. Chacun fera donc valoir ses moyens personnels, et ne conclura également que pour la part dont il est garant. Entre ce cas et le premier signalons une différence qui tient à la nature même des choses. Dans le premier, la défense de l'un servira à la défense de l'autre, et, en cas de défaut de l'un des garants, les juges se laisseront guider, dans leur décision à l'égard du défaillant, par la défense présentée au nom des garants qui ont comparu. Dans le second cas il ne pourra en être de même, puisque les moyens qui servent à la défense de l'un ne peuvent servir à la défense de l'autre.

Il résulte de là que non-seulement il est possible de défendre pour partie, mais qu'il serait souvent impossible à l'un des garants de défendre pour les autres, s'il en avait le droit ou qu'on lui en fît une obligation; chaque garant ne doit défendre que pour lui seul. Ce principe est surtout évident quand l'éviction ne frappe que la part indivise dont l'un des vendeurs est garant. Louis, propriétaire indivis d'un immeuble, vend ses droits à Paul; plus tard il prend part à la vente de tout l'immeuble passée à Pierre par les divers copropriétaires indivis. Pierre, à qui l'immeuble a été délivré, est menacé d'éviction par Paul à raison de la part indivise qu'il a acquise de Louis. A qui devra-t-il s'adresser? A Louis seul, et non aux autres vendeurs; lui seul doit garantie, lui seul peut défendre en justice. Il en sera de même si les garants sont des héritiers du vendeur, et si le tiers qui veut évincer l'acquéreur exclut de son action, d'une manière expresse, la part pour laquelle l'un d'eux est garant; l'acquéreur ne pourra agir contre cet héritier, qui ne saurait être obligé de défendre pour les autres.

Il est inutile d'aller plus loin pour prouver que la défense à l'éviction est divisible. Nous proclamons, avec M. Troplong, que la plaidoirie ne peut être scindée; mais nous n'avons jamais compris comment on a pu en tirer pour conséquence que l'obligation de garantie est indivisible.

Pothier et Dumoulin reconnaissent que l'on peut défendre pour partie; Dumoulin dit en effet : *Fateor fieri posse ut quis pro parte defendat, et pro parte non* [1]..... Il ajoute, toutefois, que cela n'est vrai qu'abstractivement, mais non relativement à la défense d'une chose déterminée, et il compare l'obligation de garantie à celle de construire un édifice. Il commet ainsi une grave erreur; car si l'on ne peut construire une partie indivise d'un édifice, on peut défendre pour une partie indivise de la chose vendue; et il dépasse son but, car l'obligation de construire est indivisible *obligatione*, dès lors activement et passivement, ce que Dumoulin n'a jamais soutenu pour l'obligation de garantie. Pothier ne va pas si loin, et se borne à dire que si chaque garant ne peut défendre pour partie, c'est parce que l'acquéreur, qui a acheté la chose pour l'avoir entière, ne peut être réduit à n'en avoir qu'une partie.

18. C'est là le second argument invoqué par les partisans de l'indivisibilité de l'action en garantie. L'acquéreur ne peut souffrir le morcellement, le *cisaillement* de la chose vendue; l'intention des parties a été que l'acquéreur eût la chose entière, ce qui rend l'obligation indivisible *solutione*.

Nous comprenons qu'il puisse en être ainsi, que souvent il en soit ainsi; mais qu'il ne puisse en être autrement, mais que toujours l'obligation de garantie, par ce motif, soit indivisible *solutione*, nous ne saurions l'admettre! La loi ne prouve-t-elle pas elle-même que l'acquéreur ne peut être obligé de supporter le *cisaillement* de la chose vendue, en ne lui donnant, en cas d'éviction partielle contre son vendeur, de recours pour le tout que si la partie évincée est notable (art. 1636)? Or si l'acquéreur évincé pour le tout agit contre son vendeur, et que ce dernier le fasse maintenir en possession d'une partie de la chose, pourquoi aurait-il contre lui plus de droits que si, dès le principe, il n'avait pas été évincé de cette partie? Et si nous supposons plusieurs vendeurs, nous avons dit que si l'éviction ne porte que

[1] *Div. et ind.*, pars 2ª, nº 412.

sur la part venant de l'un d'eux, l'acquéreur ne pourra agir contre l'autre; de plus, en vertu de l'article 1636, il ne pourra faire résilier la vente que si la partie évincée est notable. Or si l'éviction est totale, et que l'un des garantis fasse maintenir l'acquéreur en possession pour sa part, n'est-il pas évident qu'il sera libre de toute action, comme si l'acquéreur n'avait pas été évincé de cette part?

Ainsi disparaît ce deuxième argument, plus sérieux que le premier, qui ne repose que sur une équivoque, et conduit à des conséquences que personne n'admet. Comme l'obligation de livrer, comme celle résultant du droit à réméré, et à la rescision pour lésion, l'obligation de garantie est donc divisible, quand la vente a pour objet une chose divisible. Pour ces obligations, on ne s'est pas inquiété du morcellement que pourrait éprouver la chose vendue, et l'on ne comprend pas pourquoi, si cette considération avait dû faire conclure à l'indivisibilité de l'obligation de garantie, elle n'aurait pas conduit à la même conclusion pour les autres obligations dérivant de la vente. Sans doute, notre système pourra avoir des inconvénients pour l'acquéreur; mais pourquoi sacrifier à l'intérêt de l'acquéreur les droits des débiteurs de la garantie? Aucun lien ne les unit, pourquoi faire payer aux uns la dette des autres? D'ailleurs, l'acquéreur sera protégé par des principes, que nous sommes loin de répudier, et qui viennent modifier, dans son application, le principe de la divisibilité de l'obligation de garantie ou en atténuer les effets. Nous devons maintenant nous en occuper.

19. Si, en principe, l'obligation de garantie est divisible, il n'est pas douteux que dans certains cas, et suivant l'intention des parties, elle ne puisse être indivisible *solutione*. Nous avons comparé l'obligation de garantie à celle de livrer; celle-ci, quoique divisible en principe, peut devenir indivisible *solutione*, alors même qu'elle porte sur une chose divisible : c'est ainsi que l'obligation de livrer un fonds est indivisible *solutione* si ce fonds est destiné à la construction d'une usine. Il en sera de même pour l'obligation de garantie.

Dans quels cas cette obligation sera-t-elle indivisible *solutione?* La réponse se trouve dans l'article 1221, que nous allons parcourir rapidement, ce travail dépassant déjà les bornes que nous nous étions imposées.

Nous n'avons pas à nous préoccuper du premier cas, celui où la

dette est hypothécaire, ni du deuxième cas, où il s'agit de la dette d'un corps certain, dont l'un des héritiers est en possession, ce qui ne peut se présenter en matière de garantie, la délivrance ayant déjà eu lieu; ni enfin du troisième cas, l'obligation de garantie ne pouvant jamais être alternative, puisque la délivrance de la chose vendue a déterminé l'objet de l'obligation. Arrivons donc au quatrième cas, « lorsque l'un des héritiers est chargé seul par le titre de l'objet de l'obligation. » S'il a été convenu qu'en cas d'éviction, l'acquéreur pourrait agir contre l'un des héritiers ou chacun d'eux pour le tout, il est bien évident que l'obligation de garantie sera indivisible *solutione*, et l'acquéreur pourra en demander l'exécution *in solidum*, soit par voie d'action, soit par voie d'exception.

Il en est de même au cas où plusieurs vendeurs auraient pris le même engagement.

Ajoutons que, dans le cas d'une stipulation si formelle, l'acquéreur, si l'obligation n'est pas exécutée, pourra réclamer à chaque héritier, ou à chaque vendeur, les dommages-intérêts pour le tout; l'article 1225 ne sera plus applicable; l'héritier attaqué n'aura pas le droit de faire diviser la dette en mettant ses codébiteurs en cause.

Nous adopterions la même décision pour le cas où, sans prévoir le cas d'éviction, les parties auraient fait une stipulation de cette nature pour l'obligation de livrer. L'indivisibilité *solutione* de cette obligation rejaillirait sur celle de garantie.

L'intention des parties peut être tacite, c'est ce que prévoit le § 5 de l'article 1221. Il ne nous appartient pas d'entrer dans la controverse si délicate qui s'est engagée sur l'interprétation de ce paragraphe; nous nous bornerons à quelques observations sur son application à l'obligation de garantie.

« ..... 5° Lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement. » Pour bien comprendre le sens de ce paragraphe, il ne faut pas oublier que la loi ne s'occupe ici que d'obligations divisibles, qui, dans certains cas, doivent être exécutées pour le tout, malgré leur nature divisible. Aussi ne doit-on pas prendre à la lettre ces mots « *nature de l'engagement,* » et les croire synonymes de *nature de l'obligation*, car il ne s'agirait plus de simple indivisibilité *solu-*

tione, mais d'une indivisibilité absolue ; mais le mot *engagement* fait allusion à la forme de la convention et non au lien qui en résulte, et nous sommes convaincu que le législateur a voulu parler de ces obligations du droit romain indivisibles par la forme de la convention, des obligations alternatives et génériques. Nous avons déjà expliqué comment l'obligation de garantie n'a jamais cette forme. Quelques esprits se sont laissé égarer par ces expressions impropres de notre paragraphe, et on a dit, notamment dans des arrêts, qu'il résultait de la nature de l'obligation de garantie que l'intention des parties était qu'elle ne pût s'exécuter partiellement. Mais s'il en était ainsi, l'obligation de garantie serait indivisible *obligatione;* nous n'avons pas, d'ailleurs, à répéter ici les arguments que nous avons fait valoir pour établir que la nature de cette obligation ne la rendait pas insusceptible d'exécution partielle.

L'intention des parties pourra être révélée aux juges par la chose qui fait l'objet de la convention, par la fin que se sont proposée les parties. Ici nous devons reconnaître au juge un pouvoir d'appréciation souverain; mais il devra en user avec beaucoup de mesure; il n'oubliera pas que la divisibilité est la règle, l'indivisibilité l'exception, qu'il n'est pas naturel que l'on se charge de payer la dette des autres. Nous ne pouvons admettre, avec Pothier[1], qu'il y ait indivisibilité *solutione* toutes les fois que l'exécution pourrait occasionner un préjudice au créancier, ce serait vouloir supprimer le principe de la divisibilité; car même le payement partiel d'une somme d'argent est souvent préjudiciable au créancier. Le juge n'oubliera pas aussi qu'il doit rechercher, non l'intention des parties, mais leur intention commune, *l'intention conventionnelle*, s'il m'est permis de parler ainsi. Il devra en rechercher la preuve dans l'acte même et non dans des circonstances extérieures; ici s'appliquera la règle qu'on ne doit pas prouver contre le contenu aux actes (art. 1341 C. Nap.). Quand il n'y a eu qu'un seul vendeur, il sera plus facile de présumer que l'obligation soit de livrer, soit de garantir, ne peut être exécutée partiellement.

Arrêtons-nous à ces idées générales.

20. L'article 1636 donne à l'acquéreur le droit de demander la résiliation de la vente, si la partie de la chose vendue dont il

[1] *Oblig.*, n° 315.

a été évincé est de telle importance que, sans elle, il n'aurait pas acheté. Cette disposition modifie les conséquences de la divisibilité de l'exception : dans quelles limites?

Elle est fondée sur une convention tacite des parties, qui sont censées avoir voulu que la vente fût résiliée en cas d'éviction importante; la loi présume cette convention, et c'est au vendeur (art. 1602) à avoir soin de faire insérer dans la vente une stipulation contraire.

Si l'acquéreur a acquis, par acte séparé, les droits indivis de divers copropriétaires d'une chose, il faudra voir dans chaque acte une vente distincte, indépendante des autres, et appliquer l'article 1636 à chaque vente comme si les autres n'existaient pas. Ainsi l'acquéreur, évincé de toute la chose, moins de la part de l'un des vendeurs, ne pourra demander la résiliation de la vente qui a été seule respectée, sous le prétexte qu'il n'y aurait consenti qu'en vue des autres ventes qu'il voulait contracter ou avait déjà contractées. Le vendeur est resté étranger à ces spéculations, à moins toutefois de stipulation expresse à cet égard.

Il en sera de même si la vente a été passée par plusieurs dans le même acte, mais avec indication de parts. L'indication de parts exclut l'idée que l'intention des parties a été de subordonner l'existence de chaque vente à celle des autres (arg. art. 1671). Mais que décider s'il n'y a pas eu indication de parts? Quand s'ouvrira le droit à la résiliation de la vente contre chaque vendeur? Cette résiliation pourra-t-elle être demandée contre celui dont la part dans la chose vendue n'a pas été évincée, si l'éviction portant sur les parts des autres vendeurs a, relativement à toute la chose vendue, l'importance déterminée par l'article 1636? (Remarquons qu'il n'est jamais question ici que de parts viriles.)

En faveur du vendeur, on pourrait dire que toutes les obligations résultant de la vente se divisent par têtes, que chaque vendeur ne doit garantie que si l'éviction frappe sa part dans la chose vendue; que, de même, il ne peut être soumis à la résiliation que si l'éviction dont parle l'article 1636 frappe également cette part; qu'aucun lien ne l'unit aux autres vendeurs, et que dès lors l'éviction dont ils souffrent ne peut jamais retomber sur lui.....

Nous ne pouvons nous rendre à ces considérations. Sans

doute, l'action en résiliation se divise entre les vendeurs comme l'action en garantie. Nous serons le premier à le proclamer; mais quand cette action, parfaitement divisible, pourra-t-elle être intentée contre chaque vendeur? A quelle condition son exercice est-elle subordonné? Telle est la seule question à résoudre. Les parties ont-elles voulu la subordonner à l'éviction d'une partie notable de toute la chose vendue, quelle que soit cette partie, ou bien ont-elles voulu qu'elle ne pût être intentée contre l'un des vendeurs qu'autant que l'éviction frapperait sa part? C'est une pure question d'intention; or peut-on hésiter en présence d'une vente faite en bloc par tous les vendeurs sans aucune indication de leurs droits dans la chose vendue? S'il y a quelque doute, ne faut-il pas le résoudre contre eux (article 1602)? Il est sans doute difficile de présumer qu'on s'est chargé d'exécuter l'obligation d'un autre, mais il est, au contraire, assez naturel de soumettre sa propre obligation à l'accomplissement d'une condition qui dépend d'un tiers. Et c'est là ce qui doit faire distinguer l'action en garantie de l'action en résiliation de la vente. Celui qui promet garantie pour un tiers promet le fait d'autrui, s'engage à faire maintenir l'acquéreur en possession d'une chose sur laquelle il n'a aucun droit, contracte ainsi une obligation qu'il lui est souvent impossible d'exécuter, si ce n'est en payant des dommages-intérêts, se rend responsable d'un fait que sa volonté est impuissante à écarter, et qui doit l'exposer à une perte sans compensation. On comprend qu'une telle obligation ne soit pas présumable. Celui qui s'engage à souffrir la résiliation de la vente en ce qui le concerne, quand les parts de ses covendeurs auront été évincées, ne promet que son fait personnel, ne prend pas à sa charge l'obligation d'autrui; il subordonne seulement son obligation à un événement qui dépend d'un tiers, comme toute obligation conditionnelle, et il ne s'expose pas à une perte sans compensation, puisque, s'il rend le prix qu'il a reçu, il reprend la chose vendue; ne conçoit-on pas qu'une telle obligation doive être présumée en présence d'une vente sans indication de parts? D'ailleurs, nous sommes guidé dans notre interprétation par l'article 1671.

Relativement aux héritiers d'un vendeur unique, la question fait encore moins de doute; leur auteur était soumis à la résiliation en cas d'éviction d'une partie notable de toute la chose

vendue; cette obligation se divise entre ses héritiers, mais à l'égard de chacun d'eux elle reste soumise à la même condition.

21. Si la partie évincée n'est pas assez importante pour que l'acquéreur puisse demander la résiliation de la vente, et qu'il éprouve pourtant un certain préjudice du morcellement de la chose vendue, de même que dans le cas où il n'y a qu'un vendeur, il peut lui demander réparation de ce préjudice; de même il le pourra contre ceux des vendeurs dont les parts auront été évincées, mais non contre ceux dont les parts auront été respectées par l'éviction.

Ainsi se trouveront conciliés tous les intérêts; d'un côté, on ne sacrifiera pas ceux des vendeurs à celui de l'acquéreur, un garant ne payera pas la dette de l'autre, et, d'un autre côté, l'acquéreur ne souffrira jamais aucun préjudice, sera protégé tantôt par la stipulation de l'indivisibilité de l'exécution, tantôt par le droit à la résiliation si l'éviction est importante, enfin par le droit à une indemnité en cas de préjudice moins important, et sa position vis-à-vis de vendeurs conjoints ou d'héritiers d'un vendeur sera absolument la même que vis-à-vis d'un vendeur unique.

22. A ces avantages, faudra-t-il en ajouter d'autres?

M. Rodière dit qu'il accorde volontiers à Dumoulin que si l'un des débiteurs est à même de défendre pour le tout, la bonne foi l'oblige à défendre pour le tout.

Nous ne pouvons faire une pareille concession. Nous demandons à M. Rodière si le *de cujus* ayant vendu la chose de son héritier, dont il n'a pas fait la délivrance, la bonne foi peut exiger que cet héritier livre toute la chose, si, par exemple, il n'est héritier que pour un tiers? Il devra livrer un tiers, et ce n'est pas la bonne foi, mais la loi qui l'y oblige. Il en est de même pour l'obligation de garantie. Si l'un des garants fait maintenir l'acquéreur en possession de sa part, pourrait-il le faire maintenir en possession du reste, la bonne foi ne l'y oblige pas, elle n'exige jamais qu'on paye la dette des autres. La concession de M. Rodière irait jusqu'à faire disparaître les conséquences les plus importantes de la divisibilité de l'obligation de garantie : si jamais un garant est à même de défendre l'acquéreur pour le tout, c'est lorsque ce dernier n'est menacé d'éviction que par lui; il ne dépend que de lui-même de faire

cesser ce danger d'éviction. M. Rodière donne ainsi la main aux partisans de l'indivisibilité de l'exception de garantie.

Mais telle n'a pas été sans doute sa pensée, et s'il a voulu dire que l'un des garants ne pourrait retenir les titres qui doivent servir à la défense commune, ou se livrer à d'autres manœuvres frauduleuses, nous sommes d'accord avec lui; de telles manœuvres donneraient lieu à une action fondée sur l'article 1382 du Code Napoléon, mais il ne serait plus question d'action en garantie.

23. Une dernière question s'élève.

L'obligation de garantie étant divisible, il peut arriver que l'acquéreur soit maintenu en possession d'une partie, et n'obtienne pour l'autre que des dommages-intérêts; or, dit-on, l'équité ne veut pas qu'il ait une part dans la chose et une part dans le prix, et les auteurs pensent, même M. Rodière, que l'acquéreur pourra exiger l'entière valeur, s'il ne peut obtenir l'entier objet; ce sont les expressions de M. Rodière.

Nous ne pouvons adhérer à cette doctrine; ce serait effacer d'un trait de plume l'article 1636, et permettre à l'acquéreur de demander la résiliation de la vente pour l'éviction de la plus petite partie de la chose vendue, tandis que la loi ne l'autorise que pour une éviction importante; ce serait accorder à l'acquéreur, dans le cas où il y a plusieurs garants, une faveur que la loi ne lui accorde pas quand il n'y en a qu'un seul. Dans l'article 1636, la loi ne suppose-t-elle pas que l'acquéreur pourra n'obtenir qu'une part dans la chose et une part dans le prix?

On parle de l'obligation de livrer; on dit que si l'un des héritiers du vendeur veut ne livrer qu'une partie de la chose vendue (comme il en a le droit, l'obligation étant divisible), il ne pourra obtenir une partie du prix qu'autant que l'acquéreur aura obtenu la délivrance des autres parts; que, de même, l'un des héritiers de l'acquéreur ne pourra, en offrant une partie du prix, exiger la délivrance d'une partie de la chose vendue, qu'autant que le vendeur aura reçu des autres héritiers le reste du prix. Mais s'il en est ainsi (et la question est controversée), c'est par suite de la disposition de l'article 1612, qui lui-même est l'application de l'article 2083. La chose vendue, dans les mains du vendeur, est un gage tacite du payement du prix; le prix, dans les mains de l'acquéreur, est un gage tacite de la délivrance de la chose. C'est déjà ce que disait Ulpien : «.....Ven-

» ditor enim, *quasi pignus*, retinere potest eam rem quam ven-
» didit[1]. »

On n'a pas opposé, mais on pourrait le faire, l'article 1670, relatif aux actions en réméré et en rescision pour lésion. Mais Pothier, à qui il a été emprunté, nous donne le motif de cette disposition : « La raison est qu'il est de la nature des actions rescisoires qu'on ne peut être reçu à les exercer qu'en remettant les parties dans le même état qu'elles étaient avant l'acte dont on demande la rescision[2]. » Ferons-nous aussi remarquer que le débiteur est alors l'acquéreur contre qui l'on intente l'action en réméré ou en lésion? et l'on conçoit pour lui les faveurs de la loi, surtout dans une matière où elle voulait limiter les droits du vendeur. En matière de garantie, le débiteur c'est le vendeur; et l'acquéreur, qui est le créancier, aurait dû stipuler la garantie pour le tout, s'il voulait éviter l'application de l'article 1636 et du principe de la divisibilité. L'article 1162, qu'il peut invoquer en matière de réméré et de lésion, lui est opposable en matière de garantie.

Enfin, et ceci tranche tout, les articles 1612 et 1670 ne sont pas relatifs à l'obligation de garantie; l'article 1636 est seul applicable; et de même qu'on ne pourrait le substituer, en matière d'obligation de livrer, de réméré, de rescision pour lésion, aux articles 1612 et 1670, on ne peut substituer ceux-ci à l'article 1636 en matière de garantie.

Nous en concluons que l'héritier du vendeur, qui revendique contre l'acquéreur sa propre chose indûment vendue par son auteur, ne sera pas obligé d'offrir de reprendre la chose tout entière, en restituant tout le prix; il aura le droit de forcer l'acquéreur à conserver la part pour laquelle il est garant, en lui restituant celle pour laquelle il ne doit aucune garantie, sauf l'application de l'article 1636. En pratique, cette question est sans importance; l'héritier aura presque toujours intérêt à reprendre la chose entière.

24. En deux mots, résumons notre théorie.

L'obligation de garantie est indivisible activement et passivement, si la chose vendue n'est pas susceptible de parties.

[1] Dig., liv. XIX, tit. 1, fragm. 13, § 8.

[2] *Vente*, n° 337.—Ce principe remonte au droit romain; les fr. 11, 12, 13, Dig., liv. XVIII, tit. 2, en font l'application à l'*in diem addictio*.

Elle est indivisible *solutione*, passivement, en cas de convention formelle ou tacite des parties.

Hors ces cas, et en principe général, elle est divisible.

Si elle est divisible, l'acquéreur ne peut agir contre chaque garant que pour sa part et portion, qu'il agisse par voie d'action ou par voie d'exception.

Mais il pourra demander la résiliation de la vente contre les vendeurs conjoints ou les héritiers du débiteur, quand l'éviction est assez importante pour faire penser qu'il n'aurait pas acheté sans la partie évincée; et si, ne pouvant demander la résiliation, il éprouve un préjudice par suite du morcellement de la chose vendue, il aura le droit de demander des dommages-intérêts à ceux qui n'ont pas exécuté l'obligation.

25. Nous avons déjà fait connaître l'état de la doctrine sur notre question; cependant, après avoir étudié la question sou toutes ses faces, nous devons dire qu'au fond M. Rodière n'est pas le seul à reconnaître l'indivisibilité de l'action de garantie. Qu'on lise M. Troplong, et l'on verra si, presque sur tous les points, il n'est pas d'accord avec nous. M. Zachariæ ne regarde l'obligation de garantie comme indivisible qu'à un point de vue abstrait. M. Duranton admet-il toutes les conséquences de l'indivisibilité de l'action en garantie? Ne pouvons-nous en dire autant de d'Argentré, de Pothier, de Dumoulin même? Leurs contradictions ne prouvent-elles pas que l'origine de leur erreur est dans une transaction entre la lettre du Digeste et l'équité, transaction nécessaire peut-être à une époque où le texte d'une loi romaine avait une si grande puissance? Aussi avons-nous le droit de revendiquer, dans le sens de notre opinion, les contradictions de ces grands maîtres, à qui, en définitive, nous devons d'être arrivé à la vérité, si toutefois nous y sommes arrivé.

Malheureusement cette erreur, propagée sur la foi de Dumoulin, et qui a fait proclamer par tous l'indivisibilité de l'action de garantie, a entraîné fatalement la jurisprudence à reconnaître l'indivisibilité de l'exception. Toutefois, en faveur de cette doctrine, on invoque des arrêts dont il est utile de connaître la portée[1].

[1] En voici la nomenclature : *Cass.* 19 février 1811 (S., 11, 1, 189). — *Id.* 5 janvier 1815 (S., 15, 1, 231). — *Id.* 11 août 1830 (S., 30, 1, 395). — *Bordeaux*, 8 décembre 1831 (S., 32, 2, 564). — *Nancy*, 2 mai 1833 (*J. du Pal.*, à

Trois arrêts jugent la question directement, et motivent leur décision. Le premier à citer est celui de la Cour de cassation *belge*, du 5 juin 1856; il est remarquablement motivé; on y trouve reproduits les arguments de Duvergier et de Marcadé que nous avons déjà réfutés; ils se fondent tous sur le défaut de logique du système adverse, en prenant pour point de départ l'indivisibilité de l'action de garantie. Aux arguments déjà réfutés cet arrêt ajoute celui-ci : l'obligation de garantie est une obligation de faire, et comme toute obligation de faire elle est indivisible. Nous savons qu'en Belgique; dominés par des idées romaines, des auteurs professent l'indivisibilité de toute obligation de faire; mais une telle doctrine est repoussée par nos articles 1217 et 1218, dont le texte est formel [1]; toutes les fois que le débiteur peut fournir au créancier une fraction de sa créance, lui procurer une partie des avantages qui doivent résulter pour lui de l'exécution de l'obligation, cette obligation est exécutée pour partie, elle est divisible; il ne faut pas s'attacher à des idées abstraites, mais au résultat matériel, sinon bien peu d'obligations seraient divisibles.

L'arrêt de Bordeaux, du 25 juin 1856, s'appuie sur le même motif : toute obligation de faire est indivisible. Il paraît avoir été inspiré par le précédent arrêt; il n'a pas besoin d'autre réfutation.

L'arrêt de Cassation du 11 août 1830 a déjà été sévèrement critiqué par M. Troplong; la Cour de cassation y juge tour à tour que l'action de garantie est divisible et que l'exception est indivisible, ressuscitant ainsi l'opinion si peu accréditée de Cochin. Cet arrêt se réfute par ses contradictions. L'erreur de la Cour est de voir dans le fait même que l'obligation de garantie a été contractée, la preuve que l'intention des parties est toujours qu'elle soit exécutée indivisément, faisant ainsi de l'article 1221, § 5, la règle et non pas l'exception. *La garantie couvre le tout et chaque partie*, dit l'arrêt, empruntant à la théorie de l'hypothèque cette proposition, qui n'a aucun sens relativement à la garantie. Veut-on dire que le garant s'engage

sa date). — *Rouen*, 22 mai et 25 avril 1839 (S., 39, 2, 453). — *Cass.* 14 janvier 1840 (S., 40, 1, 569). — *Cass. belge*, 5 juin 1856 (Dalloz, 56, 2, 209). — *Bordeaux*, 25 juin 1856 (*Gazette des tribunaux* du 18 octobre 1856).

[1] C'est ce qu'explique fort bien M. Larombière dans son ouvrage récent sur *les obligations*, art. 1217-1218, n° 11.

à faire jouir de toute la chose et de chaque partie? C'est presque une naïveté, la partie étant toujours comprise dans le tout; et cette vérité importe peu à la solution de notre question. Quand il y a plusieurs vendeurs, par cela même qu'ils promettent garantie, s'engagent-ils à garantir pour toute la chose, même pour les parts qui ne les concernent pas? Voilà la question; il est évident que s'ils ont garanti pour le tout, ils garantissent pour chaque partie. Cette formule ne signifie donc rien, et l'on est surpris de la retrouver dans plusieurs arrêts comme un moyen de solution.

A côté de ces arrêts citons ceux de *Bordeaux*, du 8 décembre 1831, et de *Nancy*, 2 mai 1833, où le principe est énoncé sans motifs à l'appui. Dans l'espèce de l'arrêt de Bordeaux, une autre question plus importante s'agitait, et ce n'est qu'à titre subsidiaire que la Cour se fonde sur l'indivisibilité de l'exception. Il en est de même de deux arrêts de Rouen, des 25 avril et 22 mai 1839, où la Cour énonce dans un motif subsidiaire que l'obligation de garantie est indivisible.

Restent trois arrêts; parcourons-les.

Le 19 février 1811, la Cour de cassation rejette un pourvoi contre un arrêt de Caen qui avait décidé que l'exception de garantie est indivisible. Mais voici les faits : Dubourg, prêtre déporté en 1792, avait deux sœurs qui recueillent ses biens; à son retour, elles les lui restituent. Le 28 floréal an XI, vente par Dubourg; l'une des sœurs, Jeanne, paraît à l'acte comme covenderesse, et s'oblige conjointement et *solidairement* à la garantie. Jeanne meurt, laissant pour lui succéder son frère et sa sœur. Celle-ci attaque la vente, soutenant qu'elle était, par suite des lois sur la déportation, propriétaire d'une partie des biens vendus. On lui répond par l'indivisibilité de l'exception de garantie, et la Cour de cassation juge qu'on *a pu* voir (on aurait donc pu voir le contraire!), dans les termes de l'acte, l'intention des parties que la garantie fût indivisible, conformément à l'article 1221, § 5. Nous ne pouvons qu'approuver cette décision en présence de la stipulation de solidarité; elle est entièrement conforme à nos principes.

Cass. 5 janvier 1815. — Voici un arrêt vraiment étrange; décide-t-il notre question? Sans doute elle a été posée, elle a été discutée dans les plaidoiries, mais les motifs permettent de douter qu'elle ait été jugée; du moins nous pouvons dire qu'il

contient une singulière erreur judiciaire. Barinques devait, par suite d'un legs, 12,000 francs à trois enfants de Lacoste; il paye par erreur à ce dernier, qui meurt laissant pour héritiers quatre enfants. L'un des trois enfants légataires de la somme de 12,000 francs demande à Barinques le payement de 4,000 francs, offrant, dans des conclusions subsidiaires, de tenir compte, comme héritier de son père pour un quart, du quart des 12,000 francs payés indûment à ce dernier. Barinques répond par l'indivisibilité de l'exception de garantie. Il ne s'agissait d'abord nullement de garantie; ensuite, si les héritiers Lacoste devaient restituer les 12,000 francs indûment payés, comme ils étaient quatre, chacun d'eux devait 3,000 francs; or le demandeur était créancier de 4,000 francs; la compensation le laissait débiteur de 1,000 francs. — Cela paraît évident, et pourtant on le déboute sous prétexte d'indivisibilité de l'exception! Une dette de somme d'argent est donc indivisible?

Nos adversaires oseront-ils invoquer cet arrêt?

Cass. 14 janvier 1840. — Une mère tutrice de ses enfants vend, sans les formalités légales, des biens venus de la succession de leur père, sur lesquels elle avait un droit de copropriété de moitié. L'un des enfants, devenu héritier pur et simple de sa mère, demande la nullité de la vente; on lui oppose l'exception de garantie. La Cour, à cette occasion, dit bien que l'obligation de garantie est indivisible; mais il n'y en avait nul besoin pour repousser la demande de l'enfant, puisque, d'après l'exposé des faits reproduits par l'arrêtiste, il paraît qu'il avait dans la succession de sa mère les mêmes droits que dans celle de son père.

Telle est la jurisprudence; ses tendances sont bien marquées, mais on ne saurait croire qu'elle ait dit son dernier mot, et nous espérons que si la Cour de cassation avait de nouveau à soumettre cette question à un examen sérieux, elle reviendrait aux principes que déjà elle a indiqués dans l'arrêt de 1811. La jurisprudence est partie de ce principe, partout admis, que l'action de garantie est indivisible : elle en a logiquement conclu à l'indivisibilité de l'exception; mais qu'elle contrôle l'exactitude de son point de départ, et elle entrera peut-être dans une nouvelle voie [1].

L.-A. EYSSAUTIER.

[1] Au moment où nous corrigions les dernières épreuves, nous avons reçu

le nouvel ouvrage de M. Larombière sur les *obligations*; notre question y est traité *ex professo* sous les articles 1222-1223. Avec Dumoulin, qu'il suit en général pas à pas, M. Larombière pense que l'action en garantie est indivisible dans son premier chef, celui qui a pour objet de faire cesser l'éviction, et divisible dans le second, qui est relatif aux restitutions et dommages-intérêts. Cette distinction paraissait devoir être repoussée par la doctrine émise par l'auteur sous les articles 1217-1218, n° 14. Quant à l'exception en garantie, il admet son indivisibilité quand la chose vendue est indivisible; il soutient au contraire sa divisibilité quand la chose vendue est divisible. (C'est la distinction que nous avons faite nous-même en l'appliquant à l'action comme à l'exception de garantie.) Le résumé que M. Larombière fait du système de Dumoulin met en lumière le défaut de logique de ce système, et les vaines subtilités auxquelles est obligé de recourir le grand jurisconsulte. Il est inutile de reproduire les arguments que nous avons fait valoir; mais comment M. Larombière n'a-t-il pas vu que l'objet de l'obligation est le même, et ne peut dès lors avoir deux natures opposées dans l'action et dans l'exception de garantie? C'est la même obligation, dont l'exécution est demandée par deux voies différentes. Ce système est surtout condamné par l'application qu'en fait l'auteur. C'est ainsi qu'on voit tantôt l'un des garants, seul attaqué, obligé d'appeler lui-même en cause, et à ses frais, ses co-garants pour défendre à l'éviction; tantôt le garanti chargé de cette mise en cause quand il s'agit des dommages-intérêts. Pourquoi dédoubler ainsi l'action en garantie? N'est-il pas constant que si l'obligation est indivisible, le créancier peut s'adresser à un seul des débiteurs, qui pourra être condamné à tous les dommages-intérêts, s'il n'a pas soin de mettre en cause ses codébiteurs (art. 1225)?

Mais voici quelque chose de plus singulier! L'un des héritiers du vendeur, vrai propriétaire de la chose vendue, la revendique en ayant soin d'excepter de la revendication la part pour laquelle il est héritier : on ne pourra lui opposer l'exception de garantie, qui est divisible. M. Larombière le reconnaît. Mais comme l'action en garantie est indivisible, M. Larombière nous dit que l'acquéreur menacé d'éviction pourra agir *in solidum* contre chacun des autres héritiers..... Mais pourquoi ne le pourrait-il pas contre l'héritier même qui le menace d'éviction? ne doit-il pas garantie comme ses cohéritiers? C'est là qu'est le nœud de la question; sans aucun doute, il peut agir contre cet héritier pour le tout, s'il le peut contre les autres; et dès lors l'exception de garantie est indivisible comme l'action. Mais si l'exception est divisible, ce qui est notre conviction, c'est que l'action elle-même est divisible. M. Larombière n'a qu'à appliquer à l'action les arguments qu'il invoque en faveur de la divisibilité de l'exception, et il en demeurera convaincu comme nous.

ERRATA.

Page 318, *au titre*, sa divisibilité *et*, *lisez* sa divisibilité *ou*.
— 324, *ligne* 3, frais de la cause, *lisez* mise en cause.
— 325, — 30, droit de garantie, *lisez* droit à la garantie.
— 326, — 26, a consenti, *lisez* a exécuté.

Page 327, *ligne* 1, l'indivisibilité, une fois, *lisez* l'indivisibilité *de l'action*, etc.
— 331, — 18, à titre de prime, *lisez* à titre de *peine*.
— 331, — 40, stipulatio duplesc, *lisez* stipulatio *duplæ*.
— 332, — 1, id. id., *lisez* id. id.
— 335, — 10, l'un des vendeurs, *lisez* l'un des héritiers du vendeur.
— 337, — 9, Carolus Recinus, *lisez* Carolus *Ruinus*.
— 338, — 32 *et* 34, indivisible, *lisez* divisible.
— 340, — 21, survint, *lisez* survient.
— 340, — 31, prêtée, *lisez* prestée.
— 344, — 12, discutant, *lisez* disertant.

ÉTUDES SUR LA RÉVISION DES LOIS CRIMINELLES DE LA MARINE.

Par M. A. Oudin, docteur en droit, juge à Brest.

INTRODUCTION.

1. Opportunité du sujet.
2. Nécessité d'une législation répressive spéciale pour l'armée navale.
3. Difficultés que rencontre ici le législateur.
4. Objet et division de ce travail.

1. Au moment où la justice militaire subit une réforme à laquelle préside une pensée généreuse, il n'est pas sans intérêt d'examiner si le bienfait de la révision doit s'étendre à la justice maritime. On l'a dit souvent, l'armée et la marine sont sœurs : toutes deux font partie de la force nationale à laquelle sont confiés l'honneur et la défense du pays. Chacune d'elles a besoin pour remplir sa mission de combattre avec une bravoure indomptable, et surtout d'obéir à cette unité de direction, qui seule peut assurer le succès des efforts individuels, en les faisant converger vers un centre commun.

2. Cette communauté de but et de devoirs soumet l'homme de mer aux lois fondamentales de la discipline militaire : toutefois sa situation exceptionnelle exige une réglementation spéciale. En effet, le marin employé au service de l'État n'est pas seulement soldat : il est en même temps navigateur. Sa vie s'écoule presque tout entière loin de sa patrie, à bord d'un vaisseau qui le transporte d'un bout du monde à l'autre, partout où la France a besoin de se montrer présente pour couvrir ses

enfants de sa protection. La guerre n'offre à son courage que des périls passagers : mais l'élément mobile à travers lequel il poursuit sa marche menace constamment son existence. Il ne peut échapper à la mort qu'en veillant nuit et jour pour découvrir les écueils, en se faisant l'instrument docile du chef auquel est confiée la conduite du bâtiment, et en s'interdisant tout acte de nature à compromettre sa conservation. Il y a donc pour le marin des obligations particulières, qui prennent leur source dans les périls propres à la navigation. L'accomplissement de ces obligations ne peut être assuré que par des sanctions répressives et des juridictions spéciales : de là la nécessité d'un système de répression propre à l'armée navale.

3. La création de ce système soulève de graves et difficiles problèmes. Prévoir les différentes infractions qui portent atteinte au service maritime, édicter contre les coupables des peines assez sévères pour que leur exemple ne devienne pas contagieux, assez douces en général pour ne pas priver le bâtiment des bras indispensables à la manœuvre, rendre partout la répression certaine, immédiate, sans cependant qu'on puisse douter de la légitimité des condamnations : tel est le triple but à atteindre. Il suffit de l'énoncer pour en faire concevoir les difficultés, surtout quand on songe à l'état de dispersion dans lequel se trouve la plus grande partie de nos forces navales. Et cependant la tâche du législateur se complique encore davantage. Nos ports militaires contiennent un immense matériel destiné à faire face à tous les besoins de la flotte, et dont la conservation réclame une protection spéciale. Indépendamment des nombreux ouvriers employés aux constructions navales, la marine entretient à terre un personnel considérable d'hommes de science, de plume et d'épée. Leur concours lui est indispensable pour assurer l'ensemble et la régularité de ses divers services : mais il suppose, de la part de tous ces auxiliaires de l'armée navale, une fidélité constante à leurs devoirs professionnels, fidélité qui doit encore trouver son appui dans une législation répressive spéciale.

4. On voit, par ce rapide aperçu, combien sont vastes et délicates les questions qui se rattachent à la révision des lois criminelles de la marine. Nous n'entreprendrons pas de les aborder toutes ; nous essayerons seulement de signaler les plus importantes et de réunir quelques-uns des éléments qui peuvent en

préparer la solution. C'est surtout par un résumé fidèle des principes de la législation actuelle que nous pouvons mettre nos lecteurs à même de l'apprécier : ce résumé servira donc de base à nos développements. Dans un premier chapitre consacré à l'organisation de la justice maritime, nous exposerons la composition des juridictions navales, leur compétence respective et les principales formes de leur procédure. Dans un second chapitre nous étudierons leurs lois pénales.

CHAPITRE I.

ORGANISATION DE LA JUSTICE MARITIME.

5. La justice maritime a eu sa large part dans les transformations qui ont renouvelé toutes nos institutions depuis 1789. C'est elle qui la première subit l'épreuve des réformes introduites à cette époque dans l'ensemble de la législation criminelle. Notre intention n'est pas de retracer dans tous leurs détails les phases qu'elle a successivement traversées. Toutefois, pour apprécier l'organisation actuelle, nous avons besoin de remonter à celle qui l'a précédée, non-seulement sous l'Assemblée constituante, mais encore à partir du règne de Louis XIV.

Nous diviserons donc ce chapitre en trois sections. La première sera consacrée à l'organisation ancienne de la justice maritime, la seconde à l'organisation intermédiaire, la troisième enfin à l'organisation actuelle.

SECTION I. — *Organisation ancienne.*

SOMMAIRE.

6. Coup d'œil sur l'ensemble des institutions données à la marine par Colbert.
7. Institutions répressives. — Limites apportées en 1689 à la compétence criminelle des *amirautés*. — Attribution à la marine militaire de la répression des délits portant atteinte aux services qui lui sont confiés.
8. Division de la justice maritime en deux branches.
9. I. Justice *à bord*. — Concentration du pouvoir correctionnel et disciplinaire entre les mains du capitaine.
10. Attribution du jugement des crimes aux conseils de guerre de la marine. — Leur composition. — Règles relatives à la poursuite, à l'instruction préalable, à la procédure définitive et au jugement.
11. Partage entre la justice maritime et la justice ordinaire, quant aux délits commis par des individus embarqués pendant leur descente à terre.

12. II. Justice maritime *à terre*. — Tribunal unique de l'intendant. — Composition, compétence et procédure.
13. Appréciation générale de l'organisation donnée à la justice maritime par Colbert.
14. Atteinte portée en 1704 au principe d'unité, par la création du tribunal des prévôtés. — Confusion qui en fut la suite.
15. Autres changements apportés par l'ordonnance du 25 mars 1765.

6. Un siècle avant la révolution de 1789, nos institutions maritimes avaient atteint un degré de perfection difficile à dépasser. Protecteur éclairé de notre industrie naissante, Colbert avait imprimé à la marine marchande un merveilleux essor, en lui donnant pour abri des ports nombreux, pour soutien sur les mers une flotte imposante, pour règle dans ses transactions la célèbre ordonnance de 1681. En même temps, grâce au génie du grand ministre, la marine militaire sortait de l'état d'infériorité auquel l'avait réduite jusqu'alors le petit nombre de ses vaisseaux et le recrutement vicieux de ses équipages; elle entrait en possession de tous les éléments de force et de stabilité nécessaires pour accroître et perpétuer sa puissance. Le principe de l'unité du pouvoir [1] pénétrait dans toutes les branches du service maritime, et devenait la base de l'admirable organisation qu'elles reçurent dans l'ordonnance du 15 avril 1689 [2].

7. Les deux monuments législatifs que nous venons de citer avaient pourvu à la répression de tous les délits maritimes. L'ordonnance de 1681, indépendamment des pouvoirs fort étendus qu'elle donnait aux capitaines des navires marchands [3], déférait aux juges d'*amirauté* la connaissance des crimes et délits commis *sur la mer, ses ports, havres et rivages* [4]. Cette large attribution semblait comprendre les infractions commises à bord des bâtiments de guerre ou dans les ports affectés à la marine de l'État. Mais bientôt la compétence criminelle des amirautés fut ici mise à l'écart : l'ordonnance de 1689 investit

[1] V. l'excellente notice insérée par M. Blanchard dans son *Répertoire des lois, décrets et ordonnances sur la marine*, t. I, p. 95 et suiv.

[2] Cette ordonnance ne fait en général que reproduire celles qui avaient été rendues sous l'administration de Colbert. Aussi est-elle considérée comme l'œuvre de ce grand ministre, bien qu'elle n'ait paru que six ans après sa mort. Elle est contre-signée par son fils, le marquis de Seignelay.

[3] L'article 22 (liv. II, tit 1) leur permettait de faire donner la cale, mais avec l'avis du pilote et du contre-maître.

[4] Liv. I, tit. 2, art. 10.

la marine militaire de la répression des délits portant atteinte aux différents services qui lui étaient confiés.

8. Ces délits se divisaient en deux classes distinctes, suivant qu'ils compromettaient le service maritime à bord ou à terre. Il était impossible de soumettre cette double classe de délits aux mêmes juges : la justice navale dut donc se partager en deux branches ; mais à part ce fractionnement nécessaire, le principe d'unité, qui caractérise toutes les œuvres de Colbert, reçut ici une large part d'application.

9. 1° *A bord*, le droit de punir fut principalement confié à celui qui seul était responsable de la conservation du bâtiment, c'est-à-dire au commandant [1]. Dispensé de toute espèce de formes, il pouvait frapper les coupables au moment même où ils donnaient l'exemple de la désobéissance : son action répressive n'était pas restreinte aux fautes disciplinaires : il s'étendait en général à tous les délits [2], et ne rencontrait de limites précises qu'à l'égard des crimes qui méritaient la mort ou les galères [3]. Encore le commandant était-il investi du droit d'infliger ces peines toutes les fois qu'un danger pressant rendait nécessaire leur application immédiate ; seulement il devait alors prendre l'avis préalable de ses officiers [4].

10. Hors ce cas exceptionnel, la connaissance des crimes commis par les marins embarqués était réservée aux conseils de guerre de la marine : ces conseils s'assemblaient ordinairement dans les principaux ports de France ; toutefois, ils pouvaient se tenir en mer, dans les expéditions navales qui supposaient le concours de plusieurs vaisseaux réunis en escadre [5].

[1] Ordonnance de 1689, liv. I, tit. 7, part. 1, et liv. IV, tit. 3, art. 1. Ce dernier article ne parle que de la police sur les vaisseaux ; mais, dans le langage de l'ordonnance, la police formait une branche de la justice répressive.

[2] Toutefois, en parcourant les diverses dispositions pénales de l'ordonnance, on voit que les peines correctionnelles mises à la disposition du commandant consistaient uniquement dans les coups de corde, la bouline et la cale. Cette dernière peine ne pouvait être infligée qu'avec l'autorisation du commandant supérieur, quand le bâtiment naviguait en escadre. (Liv. IV, tit. 3, art. 42.)

[3] Même livre, tit. 2, art. 39. — Les articles 23 et 25 du même titre, ainsi que les articles 10 et 11 du titre 3, attribuaient aussi au conseil de guerre certains crimes ou délits spéciaux dont la peine pouvait descendre au-dessous de la mort et des galères.

[4] Même livre, tit. 1, art. 17.

[5] Liv. II, tit. 1, art. 2, 4 et 5.

Ils étaient composés de sept juges au moins, choisis de préférence parmi les officiers généraux ou supérieurs de la marine; on pouvait cependant y appeler, à défaut d'officiers supérieurs, des lieutenants de vaisseau ou même de simples enseignes, pourvu qu'ils eussent vingt-deux ans accomplis[1].

La poursuite et l'instruction préalable étaient confiées à deux fonctionnaires différents : la première appartenait au major de la marine, la seconde au prévôt[2]. Les fonctions du major consistaient ici à requérir tous les actes nécessaires à l'instruction du procès et à donner par écrit ses conclusions définitives avant le jugement; il n'était pas présent à la séance du conseil de guerre : le prévôt, au contraire, y assistait pour y faire le rapport de la procédure qu'il avait édifiée, mais sans avoir voix délibérative[3]. Après son rapport, l'accusé était introduit et interrogé sur la sellette[4]. Puis, après l'avoir fait retirer, le président recueillait les voix en commençant par les grades inférieurs. Le jugement étant en dernier ressort, il fallait, aux termes du droit commun[5], que l'avis le plus sévère l'emportât de deux voix pour prévaloir. L'exécution avait lieu le jour même où la sentence avait été prononcée, à moins d'ordres contraires émanés du roi[6].

11. La compétence du conseil de guerre et celle du commandant n'était pas strictement limitée aux délits commis à bord des bâtiments : elle suivait les marins embarqués, même dans leurs descentes à terre. Toutefois, les délits commis au *préjudice des habitants* appartenaient à la justice ordinaire; l'autorité maritime pouvait seulement revendiquer la connaissance de ceux qui avaient eu lieu *entre officiers, matelots ou soldats.* Même en ce dernier cas, il lui était défendu d'employer la force

[1] Même ordonnance, liv. IV, tit. 1, art. 5.

[2] Même titre, art. 7.

[3] Même titre, art. 13.

[4] Même article. L'ordonnance du 25 mars 1765 réserva l'usage de la sellette pour les cas où il y avait conclusions à une peine afflictive.

[5] Ordonnance de 1670, tit. 25, art. 12. Cette règle ne fut appliquée d'une manière expresse, aux conseils de guerre de la marine, que par l'ordonnance de 1765 (art. 1274). Mais déjà, sous l'empire de l'ordonnance de 1689, le silence de la loi maritime, en matière criminelle, entraînait de plein droit l'application du droit commun : nous en donnerons bientôt une preuve irrécusable en parlant de la composition du tribunal de l'intendant.

[6] C'était là encore une application de l'ordonnance de 1670, tit. 25, art. 21.

pour se faire livrer les coupables quand ils avaient été emprisonnés par les juges des lieux; elle devait se borner à de simples réquisitions, et en cas de refus se pourvoir devant le souverain [1].

12. 2° *Dans les ports et arsenaux maritimes*, l'unité de juridiction était encore plus frappante : tous les crimes et délits étaient justiciables de l'intendant [2], c'est-à-dire du fonctionnaire qui, à cette époque, avait la direction exclusive de tous les services administratifs dans chaque grand port. Les sentences étaient sans appel comme celles du conseil de guerre, et cependant il pouvait encore prononcer des condamnations capitales [3].

L'intendant statuait-il seul sur le sort des accusés? On serait conduit à résoudre affirmativement cette question, si l'on s'en tenait à l'ordonnance de 1689; car, en conférant à l'intendant tous les pouvoirs de police et de justice, elle gardait un silence complet sur la composition de son tribunal. Mais cette lacune apparente de la loi maritime avait été comblée à l'avance, comme beaucoup d'autres, par les dispositions générales du droit commun. L'ordonnance de 1670 [4] exigeait un minimum de sept juges pour tous les jugements criminels en dernier ressort, et voulait qu'à défaut d'officiers du siége on eût recours à des gradués, c'est-à-dire à des licenciés ou des docteurs en droit [5]. Ces règles s'appliquaient incontestablement au tribunal souverain présidé par l'intendant de la marine. Il était donc composé de sept juges : les uns étaient choisis parmi les magistrats des juridictions royales ou seigneuriales les plus voisines, d'autres parmi les juges d'amirauté, d'autres enfin dans les rangs du barreau [6]. Le choix des juges variait dans chaque

[1] Ordonnance de 1689, liv. IV, tit. 1, art. 21.

[2] Même ordonnance, liv. XII, tit. 1, art. 1. La marine avait alors cinq grands arsenaux; ils étaient répartis entre Brest, Rochefort, Toulon, Dunkerque et le Havre.

[3] V., comme exemple, l'article 6, liv. II, tit. 1.

[4] Tit. 25, art. 11. Cet article s'appliquait même au cas où les conclusions prises contre l'accusé ne tendaient pas à l'application d'une peine afflictive. V. Muyart de Vouglans, *Instruction criminelle*, p. 796.

[5] Pothier, *Procédure criminelle*, t. IX, p. 428 de l'édition Dupin.

[6] Une sentence du 25 mai 1707, condamnant à la potence les nommés *Marquis* et *Jouslain*, donne pour assesseurs à l'intendant le sénéchal et le bailli de la Cour royale de Brest, le sénéchal de la juridiction seigneuriale du Chastel, le lieutenant général de l'amirauté, et deux avocats en parlement. —

affaire : il appartenait à l'intendant et n'était soumis à aucune règle.

La compétence du nouveau tribunal était limitée aux faits commis dans l'enceinte des ports et arsenaux ; mais dans cette étroite circonscription, elle embrassait tous les crimes et délits, quelles que fussent leur nature et la qualité de leurs auteurs : elle s'étendait même aux individus étrangers à la marine[1]. Les forçats y furent également soumis, surtout à partir de 1748, époque à laquelle la suppression des galères à rames rendit permanent leur séjour dans les bagnes[2].

L'instruction était faite dans tous les cas par le prévôt de la marine; elle était soumise, de même que la procédure définitive, à toutes les règles tracées par l'ordonnance de 1670. Les juges n'avaient d'autres éléments de conviction que la procédure écrite et l'interrogatoire que l'accusé subissait devant eux sous la foi du serment. Quand l'accusation avait pour objet un crime capital, ils pouvaient ordonner la question préparatoire pour arracher à l'accusé l'aveu de son crime, puis la question préalable avant le supplice pour obtenir la révélation des complices[3]. La sentence n'était pas motivée; elle n'était précédée d'aucun débat public : seulement il fallait encore ici une majorité de cinq voix sur sept pour entraîner la condamnation.

13. Telle fut l'organisation donnée à la justice maritime par Colbert. Envisagée dans ses détails, elle soulève un sentiment pénible de surprise et de réprobation ; mais dans son ensemble, elle présente un caractère de force et de simplicité qui commande le respect. La concentration du pouvoir correctionnel et

Les épices des juges sont taxées à 10 livres, celles du rapporteur à 20 livres. — Dans les autres sentences postérieures qui sont déposées au greffe du tribunal maritime de Brest, on voit ordinairement figurer au nombre des assesseurs de l'intendant un conseiller-prévôt de la marine : nous verrons bientôt que ces nouveaux magistrats furent institués en 1704 ; auparavant, il y avait déjà des prévôts de la marine, mais leurs attributions étaient bornées aux actes d'instruction.

[1] L'ordonnance de 1689 était peu explicite sur ce point : sa portée fut développée par un règlement du 1er août 1731. — V. M. Hautefeuille, *Législation criminelle maritime*, p. 181.

[2] Ils furent répartis, par l'ordonnance du 27 septembre 1748, entre les ports de Marseille, Brest et Toulon.

[3] Ces atrocités légales étaient malheureusement en usage devant le tribunal de l'intendant, mais elles paraissent avoir été constamment repoussées par les conseils de guerre de la marine.

disciplinaire entre les mains du capitaine assurait, de la part des équipages, cette obéissance absolue qui fait leur force et peut seule les sauver au moment du péril. Partout les juridictions étaient peu nombreuses; les limites de leurs attributions respectives étaient nettement fixées; enfin le nombre de voix exigé pour la condamnation atténuait, dans une certaine mesure, les chances défavorables que faisait courir à l'accusé l'absence des formes protectrices du droit de défense.

14. L'œuvre de Colbert subit cependant des altérations notables, même sous l'ancienne monarchie. L'unité qui présidait à l'organisation de la justice maritime à terre fut bientôt rompue par l'établissement des *prévôtés de la marine*. Un édit du mois d'août 1704 [1], inspiré par des nécessités financières, créa huit conseillers-prévôts et autant de lieutenants, de procureurs et de greffiers, qui furent répartis entre les ports de Brest, Rochefort, Toulon, Marseille, Dunkerque, le Havre, Port-Louis et Bayonne. Ces nouveaux magistrats furent investis d'une juridiction analogue à celle qu'exerçaient les prévôts des maréchaux. — Leurs sentences étaient encore en dernier ressort; ils étaient tenus de s'adjoindre six autres juges ou gradués, et partageaient avec les intendants de la marine la répression des délits commis dans les ports militaires. Ce partage mal défini renversa toute l'économie des règles à l'aide desquelles l'ordonnance de 1689 avait su prévenir les conflits: les intendants eurent désormais à lutter pour défendre leur incompétence contre les empiétements des juridictions navales. Longtemps ils eurent l'avantage dans cette lutte [2]. L'ordonnance du 25 mars 1765, tout en démembrant leurs attributions administratives,

[1] V. Muyart de Vouglans, *Lois criminelles*, p. 564, puis l'*Histoire générale de la marine*, t. III, p. 235. — Richebourg, continuateur de ce dernier ouvrage, prétend que le tribunal des prévôts de la marine fut supprimé en 1716. Cette assertion est démentie par plusieurs sentences prévôtales déposées au greffe du tribunal maritime de Brest : l'une d'elles, rendue le 23 avril 1722, condamne Jean Chapelain, gardien entretenu, à être pendu pour vol de vieux fer dans l'arsenal; le conseiller-prévôt est assisté de six avocats en parlement postulants au juge royal de Brest. — La peine fut commuée, par décision royale, en celle du bannissement perpétuel.

[2] Quelquefois même la compétence de l'intendant franchit l'enceinte des ports et arsenaux. V. M. Hautefeuille, *loc. cit.*, p. 182.—Un arrêt du 16 août 1749 attribua à l'intendant de Brest la connaissance des meurtres et autres crimes qui seraient la suite de l'évasion des forçats.

avait laissé intacts leurs pouvoirs judiciaires[1]. Mais en 1776 ils succombèrent : la répression des délits commis dans les arsenaux passa persque tout entière aux conseils de guerre de la marine; on ne réserva aux intendants que les vols, puis en général les délits commis dans les magasins, dans les bureaux des commissaires ou contrôleurs, dans les hôpitaux, les bagnes et les salles de force[2]. Réduit ainsi à un rôle subalterne, le tribunal de l'intendant perdit toute son importance et finit par se confondre avec les prévôts de la marine. C'est sous ce dernier nom qu'il fut appelé à fonctionner une dernière fois en 1790, à l'occasion d'une révolte qui faillit livrer l'arsenal de Brest aux mains des forçats[3].

15. Des changements, en général mieux justifiés, furent apportés en 1765 à l'organisation des conseils de guerre. Leur composition dans les ports devint plus facile[4]; leur compétence fut étendue aux troupes de la marine; seulement ils devaient alors se composer d'officiers tirés du corps auquel appartenait le prévenu[5]. Dans tous les cas, la poursuite fut désormais subordonnée à l'autorisation du commandant de la marine[6]; l'instruction préalable dut être terminée en deux fois vingt-quatre heures, sauf aux juges à ordonner un plus ample informé[7]. Une certaine publicité fut admise dans les séances du conseil de guerre[8]; la manière d'opérer fut soumise à des formes solennelles destinées à garantir la sincérité des votes, mais qui avaient l'inconvénient d'en trahir le secret[9].

[1] Ordonnance du 25 mars 1765, art. 374 et 375.

[2] Ordonnance du 27 septembre 1776, art. 101.

[3] Décret des 7-9 septembre 1790.

[4] Ordonnance du 25 mars 1765, art. 1260.

[5] C'est seulement à partir de 1761 que la marine a senti le besoin d'attacher à son service des troupes d'infanterie et d'artillerie. L'ordonnance de 1765 s'occupe de l'organisation de ces troupes (art. 91-113).

[6] Même ordonnance, art. 1352 et suiv. L'article 1246 exigeait l'autorisation royale quand le prévenu était officier, et l'article 1259 réglait alors d'une manière spéciale la composition du conseil de guerre.

[7] Même ordonnance, art. 1254 et 1272. — L'obligation de terminer la procédure préable en deux fois vingt-quatre heures était peut-être un bienfait pour l'accusé, à une époque où l'instruction n'avait pour but que de rassembler contre lui des charges qu'il ne pouvait pas combattre.

[8] Même ordonnance, art. 1267.

[9] Même ordonnance, art. 1272 et 1273.

SECTION II. — *Organisation intermédiaire de la justice maritime.*

SOMMAIRE.

16. Réforme radicale opérée par les lois du 22 août 1790 et du 12 octobre 1791.
17. Application imprudente de l'institution du jury aux deux branches de la justice maritime.
18. Composition du jury maritime.
19. Nouveaux tribunaux institués pour l'application de la peine. — Conseils de justice et conseils martiaux. — Cours martiales maritimes. — Nombre de voix exigé pour la condamnation.
20. Suppression ou affaiblissement des pouvoirs du commandant.
21. Résultats produits par la nouvelle organisation.
22. Progrès qu'elle introduisit néanmoins dans la législation maritime. — Garanties établies en faveur des accusés.
23. Attribution au commandant du droit de grâce. — Partage de la responsabilité des condamnations correctionnelles.
24. Rétablissement de l'unité de juridiction dans l'organisation de la justice maritime à terre. — Exceptions relatives aux contraventions et aux délits minimes.
25. Moyens violents employés par la loi du 16 nivôse an II pour le rétablissement de la discipline à bord des vaisseaux.

16. La justice maritime avait fait de trop nombreux emprunts à l'ancienne procédure criminelle pour qu'elle pût échapper à la réforme qui suivit la révolution de 1789. Elle subit à cette époque une refonte radicale : ses deux branches furent reconstituées par deux lois successives. La première fut sanctionnée le 22 août 1790, et reçut le nom de *Code pénal des vaisseaux;* la seconde, sanctionnée le 12 octobre 1791, est aujourd'hui connue sous le nom de *Code pénal des arsenaux*[1].

17. Le Code pénal des vaisseaux fut décrété au milieu de l'enthousiasme qui accompagna la proclamation des bases fondamentales de la nouvelle organisation judiciaire. Le moment était peu propice pour en faire l'application au jugement des délits maritimes : aucun essai pratique n'éclairait ici la marche

[1] Nous emploierons ces dénominations, parce qu'elles sont consacrées par l'usage; mais on sent dès à présent combien elles sont inexactes. Chacune des deux lois auxquelles elles s'appliquent forme, dans sa spécialité, un code criminel complet qui n'est nullement limité aux dispositions pénales. En outre, la loi du 22 août 1790 pose plusieurs principes communs aux deux branches de la justice maritime; tel est notamment le principe de l'institution du jury.

du législateur. Le jury, avec sa procédure orale et publique, avait sans doute pris place dans notre droit public; il était appelé à recueillir l'héritage des anciennes jurisdictions répressives. Mais son organisation avait été ajournée[1]; la part qui devait lui revenir dans le jugement des faits punissables restait encore indéterminée : on ignorait les garanties d'attachement à l'ordre qui devaient être exigées des citoyens auxquels la société confiait pour la première fois ses intérêts les plus chers[2]. Cette incertitude sur les conditions vitales de l'institution eût dû commander la réserve : elle ne fit que précipiter l'élan qui entraînait alors l'Assemblée constituante dans une voie de généralisation sans limites. Le jour même où elle vota pour la seconde fois le principe de la procédure par jurés, elle en fit l'application aux deux branches de la justice maritime[3]. Elle ne distingua même pas, comme elle le fit plus tard dans le droit commun[4], les faits passibles de peines afflictives ou infamantes de ceux qui n'entraînaient que des peines correctionnelles. Tous[5], à l'exception des fautes de discipline, furent déférés à un jury spécial composé de sept membres; et, pour que les accusés n'eussent à regretter aucune des rares faveurs dont ils jouissaient devant les anciennes juridictions, une majorité de

[1] Le jury ordinaire ne fut organisé que par la loi des 16-29 septembre 1791, plus d'un an après l'organisation du jury maritime.

[2] V. les savants rapports de M. le président Bérenger sur la *répression pénale, ses formes et ses effets*, t. I, p. 239.

[3] Les dix premiers articles de la loi du 22 août 1790, qui contenaient cette double application, furent adoptés dans la séance du 16 août, c'est-à-dire le jour même où fut votée la loi constitutive de la nouvelle organisation judiciaire. L'article 15 (tit. 2) de cette dernière loi posa de nouveau le principe de l'institution du jury, déjà consacré par le décret du 30 avril 1790.

[4] V. le préambule de la loi des 19-22 juillet 1791 sur la police municipale et correctionnelle.

[5] L'application du jury maritime aux matières *correctionnelles* paraît, au premier abord, contredite par l'article 3 (tit. 1) du Code pénal des vaisseaux, qui restreint la procédure par jurés aux faits passibles de peines *afflictives*. Mais cette dernière expression comprenait à la fois les peines criminelles et les peines correctionnelles; elle n'excluait que les peines disciplinaires : il suffit, pour s'en convaincre, de jeter les yeux sur l'article 5 (tit. 2) du même Code. Nous sommes donc fondé à dire que le jury maritime fut appliqué indistinctement aux crimes et aux simples délits. Il n'y eut d'exception qu'à l'égard des forçats, puis pour les délits minimes commis dans l'arsenal. Nous reviendrons plus tard sur la dernière exception.

cinq voix sur sept fut encore exigée pour trancher contre eux la question de culpabilité[1].

18. La composition du jury maritime variait suivant le grade ou état de l'accusé : mais, pour lui trouver des pairs, il fallait, dans la plupart des cas, accepter presqu'à l'aveugle ceux qu'un rapprochement fortuit imposait au choix des fonctionnaires chargés de la désignation des jurés. A bord, quand l'accusé était un simple matelot, le jury devait comprendre trois matelots du bâtiment, trois officiers mariniers et un officier de l'état-major. A terre, il se composait, pour les ouvriers des arsenaux, d'un officier militaire ou d'administration, de trois chefs d'atelier et de trois ouvriers du même état que l'accusé[2]. Aucune condition d'âge ni de capacité n'était exigée des jurés[3]. Ils étaient désignés en nombre double par le commandant du bâtiment ou le commissaire sous les ordres duquel était employé l'accusé : celui-ci avait le droit d'en récuser la moitié. A défaut de récusation, la liste des quatorze jurés était réduite à sept par la voie du tirage au sort[4].

19. A côté du jury dont la mission était bornée au jugement du fait, les lois nouvelles instituèrent des tribunaux chargés de l'application de la peine. A terre, cette application fut confiée, dans les ports de Brest, Toulon, Rochefort et Lorient, à une cour martiale, composée de l'ordonnateur, du plus ancien capitaine de vaisseau et du plus ancien chef d'administration[5]. A bord, elle fut partagée suivant la gravité de la peine applicable, entre deux conseils. Le premier fut appelé, sous le nom de *conseil de justice*[6], à prononcer les peines correctionnelles : il se composait de cinq officiers du bâtiment auquel appartenait le

[1] Loi du 22 août 1790, tit. 1, art. 12. — Loi du 12 octobre 1791, tit. 1, art. 39.

[2] Loi du 22 août 1790, tit. 1, art. 5.

[3] On admettait à siéger comme jurés même les individus qui ne savaient pas signer. — Loi du 12 octobre 1791, tit. 1, art. 42.

[4] Loi du 22 août 1790, tit. 1, art. 8, 9 et 11.

[5] Loi du 12 octobre 1791, tit. 1, art. 1. — L'article 5 créait aussi près de la Cour martiale un commissaire-auditeur chargé à la fois de l'instruction préalable, de la police de l'arsenal et de toutes les fonctions du ministère public. — L'ordonnateur présidait la Cour martiale sous le nom de grand juge : il avait hérité de presque tous les pouvoirs conférés par Colbert aux intendants ; une loi des 21 septembre et 12 octobre 1791 lui rendit la direction exclusive de tous les services administratifs dans chaque grand port.

[6] Loi du 22 août 1790, tit. 1, art. 6 et 17.

prévenu; à défaut d'un nombre suffisant d'officiers, ils étaient remplacés par des premiers maîtres. Le second, désigné sous le nom de *conseil martial*[1], était seul compétent pour appliquer la peine de mort ou celle des galères; il exigeait le concours de onze officiers du grade de capitaine ou de lieutenant de vaisseau. La condamnation aux galères ne pouvait avoir lieu qu'à la majorité de sept voix contre quatre : une voix de plus était nécessaire pour les sentences de mort. Au sein des cours martiales maritimes, il fallait, en ce dernier cas, l'unanimité[2].

20. En même temps disparaissaient en tout ou en partie les pouvoirs auparavant conférés aux commandants des bâtiments pour le salut commun. Leur juridiction correctionnelle passait tout entière au jury : on ne les admettait même pas à faire partie du conseil de justice[3]. Leur droit de vie et de mort, malgré sa nécessité reconnue, recevait des entraves qui en paralysaient l'exercice[4]. Leur action disciplinaire était resserrée dans les plus étroites limites : la durée des peines laissée à leur disposition était réduite à trois jours au plus, et cependant le législateur rangeait dans la classe des simples fautes de discipline le défaut d'obéissance, lorsqu'il n'était pas accompagné d'un refus formellement énoncé d'obéir[5].

21. Un pareil affaiblissement du pouvoir répressif ne pouvait manquer de porter un coup mortel à la discipline dans l'armée navale. Les leçons de l'expérience ne se firent pas attendre. Quelques jours après la promulgation de la loi du 22 août 1790, les forçats du bagne de Brest tentèrent un coup de main hardi pour s'emparer de l'arsenal, et trouvèrent des complices jusque dans les rangs des individus attachés au service de la marine[6]. A la même époque, une insurrection grave éclatait à

[1] Même titre, art. 18.

[2] Loi du 12 octobre 1791, tit. 1, art. 44.

[3] Loi du 22 août 1790, tit. 1, art. 6.

[4] Même titre, art. 4. — Aux termes de cet article, il fallait un danger pressant *qui compromît imminemment la sûreté du vaisseau.* De plus, même en ce cas, le commandant était seulement autorisé, après avoir pris l'avis de ses officiers, à faire punir les coupables *conformément aux dispositions du titre second :* or ce titre prononçait rarement la peine de mort; il n'édictait que la peine des galères contre les complots attentatoires à la liberté et à l'autorité du commandant, et même contre le matelot qui levait la main sur un officier pour le frapper.

[5] Même loi, tit. 2, art. 1 et 2.

[6] Le décret des 7-9 septembre 1790 pourvut d'une manière assez bizarre au

bord des vaisseaux qui composaient l'escadre de l'Océan. Les larges concessions faites à l'esprit de licence ne suffisaient déjà plus pour le satisfaire ; les marins réclamaient encore l'abolition des principales peines disciplinaires établies par le nouveau Code[1]. Ces réclamations, d'abord repoussées, finirent cependant par être accueillies, lorsque la révolte eut cessé. Une loi du 2 novembre 1790 énerva de plus en plus le pouvoir disciplinaire et donna ainsi de nouveaux encouragements à l'insubordination.

22. Ces faits ne justifient que trop les reproches de faiblesse et d'inexpérience qui ont souvent été adressés à la première de nos Assemblées. Sachons toutefois lui tenir compte des progrès dont elle déposa le germe dans l'organisation de la justice maritime.

Sous l'empire des anciennes ordonnances, l'innocence était livrée sans appui à tous les périls d'une procédure barbare et ténébreuse ; elle obtint, au contraire, du législateur moderne toutes les garantes dont elle avait besoin pour se faire jour. Sans doute le but fut dépassé par les faveurs excessives qui furent prodiguées à l'intérêt individuel : les coupables échappèrent à la punition qu'ils avaient méritée ; et cette impunité scandaleuse, en multipliant les crimes, entraîna plus tard l'abolition du jury maritime. Mais sa procédure lui survécut : le bienfait de l'instruction orale et le droit de libre défense restèrent acquis aux accusés, et c'est à l'Assemblée constituante qu'ils furent redevables de ces précieuses conquêtes.

23. Un second progrès encore plus saillant consista dans le droit accordé aux commandants des bâtiments d'abaisser d'un degré la peine prononcée par les conseils de justice[2]. Le pouvoir correctionnel dont ils étaient armés, sous l'ancien droit, ne leur assurait qu'une obéissance servile uniquement fondée

jugement de ces complices : il voulut que leur culpabilité fût appréciée par le jury maritime, en l'absence des auteurs principaux ; puis il confia l'application de la peine au tribunal des prévôtés de la marine, qui devait en même temps statuer comme juge du fait et du droit sur le sort des forçats.

[1] Les principales étaient les fers avec un anneau et une petite chaîne traînante, la peine d'être à cheval sur une barre de cabestan et l'attache au grand mât.

[2] Loi du 22 août 1790, tit. 1, art. 16. — Cette attributation est d'autant plus remarquable qu'à la même époque le droit de grâce était refusé au souverain.

sur la crainte ; il rendait leur autorité odieuse, en faisant peser sur eux seuls tout le poids d'une condamnation prononcée sans formes et souvent suspecte d'arbitraire. Un système infiniment supérieur fut inauguré par le nouveau Code des vaisseaux. La responsabilité de la répression correctionnelle fut partagée, son exercice fut régularisé : le droit de grâce imprima au commandement un caractère miséricordieux qui lui rendit en force morale ce qu'il perdait comme puissance d'intimidation.

24. L'Assemblée constituante traça encore avec une remarquable précision la compétence des nouvelles juridictions. Celle des tribunaux de bord dépendit désormais, non plus du lieu de la perpétration du délit, mais uniquement du fait de l'embarquement du prévenu sur un bâtiment de l'État. Tous ceux qui figuraient sur le rôle d'équipage, n'importe à quel titre, devinrent exclusivement justiciables des conseils de justice et des conseils martiaux[1] ; la justice ordinaire n'eut plus rien à prétendre, même quand le délit avait été commis à terre au préjudice des habitants[2].

L'unité que les successeurs de Colbert n'avaient pas su maintenir dans l'organisation de la justice à terre fut restaurée, dans une juste mesure, par la loi du 12 octobre 1791. Dès cette époque, elle était difficile à établir, car il fallait pourvoir à la répression des délits commis, non-seulement dans les arsenaux, mais encore, 1° par les officiers d'administration et autres employés des corps civils de la marine, 2° par les officiers de vaisseau pendant leur séjour à terre, 3° par les militaires des troupes de la marine, 4° par les équipages des bâtiments en armement ou en désarmement, 5° enfin, par les forçats et leurs gardiens. Les cours martiales instituées dans les quatre grands ports furent appelées à juger ces diverses classes de justiciables. Mais, à l'égard du plus grand nombre, leur compétence fut limitée aux délits qui compromettaient le service civil ou militaire de la marine : ceux dans lesquels l'intérêt maritime n'était pas engagé furent abandonnés à la justice ordinaire. Ce partage entre les deux juridictions, suivant la nature du fait, fut formellement consacré à l'occasion des délits commis par les officiers de vaisseau et les militaires des troupes de la marine : les

[1] Loi du 22 août 1790, tit. 2, art. 57 et 58.
[2] Même titre, art. 45 et 54.

cours martiales ne furent appelées à en connaître qu'autant qu'il s'agissait de *délits militaires*[1], dans le sens attaché à ces mots par les lois qui régissaient alors l'armée de terre. De même, la compétence de ces cours fut restreinte aux délits *relatifs au service maritime*, en ce qui touche les employés des corps civils de la marine et les équipages des bâtiments en armement ou en désarmement[2] : cette double classe de justiciables resta encore soumise aux tribunaux ordinaires, pour tous les délits communs.

La difficulté d'appliquer cette distinction aux délits commis dans l'intérieur des arsenaux fit ici prévaloir le principe de l'ancien droit qui attribuait compétence exclusive à l'autorité maritime, quelle que fût la nature du délit. Mais, pour ne pas surcharger le jury, on confia au conseil d'administration[3] présidé par l'ordonnateur, la répression des faits passibles d'un emprisonnement de quatre-vingt-neuf jours au plus, ou d'une amende inférieure à 100 livres[4]. L'ordonnateur et le commissaire-auditeur furent même investis du droit de statuer seuls sur les contraventions de police; ils pouvaient prononcer les arrêts et la prison pendant huit jours au plus[5]. Il n'était donc nécessaire de recourir à la Cour martiale que pour le jugement des crimes ou des délits qui entraînaient au moins trois mois de prison ou cent livres d'amende. Dans tous les cas, la compétence de l'autorité maritime était ici indépendante de la qualité des délinquants ; elle s'étendait même aux individus étrangers au service de la marine, par cela seul que le délit avait été commis dans l'intérieur de l'arsenal[6].

[1] Loi du 12 octobre 1791, tit. 1, art. 3. — Loi des 22 septembre et 29 octobre 1790, art. 2 et 4. — Ces articles ne réputaient délits militaires que ceux qui étaient commis par des militaires en contravention à leurs devoirs spéciaux.

[2] Loi du 12 octobre 1791, tit. 1, art. 2 et 3.

[3] Le conseil prenait alors le titre de tribunal de police correctionnelle; sa composition était fixée par la loi du 21 septembre 1791, art. 44.

[4] Loi du 12 octobre 1791, tit. 2, art. 4. — Le conseil d'administration pouvait aussi prononcer la réduction de paye et l'expulsion de l'arsenal.

[5] Même titre, art. 5.

[6] Même titre, art. 7, et tit. 1, art. 54. — L'article 55 voulait que le jury fût composé de jurés civils quand un accusé étranger à la marine était traduit devant la Cour martiale. L'article 56 donnait au jury une composition mixte, quand les poursuites comprenaient à la fois des individus attachés au service maritime et des accusés de l'ordre civil.

25. Nous avons fait connaître les vices et les mérites de l'organisation donnée à la justice maritime par l'Assemblée constituante : il nous reste à signaler les remèdes violents qu'employa la Convention pour le rétablissement de la discipline à bord des vaisseaux. L'insubordination toujours croissante des équipages accusait hautement l'impuissance ou même la connivence du jury maritime. La loi du 16 nivôse an II lui enleva la majeure partie de ses attributions, et les répartit entre le tribunal révolutionnaire[1], les tribunaux criminels ordinaires[2] et les conseils de discipline. On sait quel était le sort réservé aux accusés traduits devant le tribunal révolutionnaire : le renvoi devant les tribunaux criminels n'était guère plus libéral ; ici le jugement devait être rendu à l'extraordinaire, c'est-à-dire uniquement sur pièces et sans assistance du jury[3]. Quant aux conseils de discipline, c'était une juridiction nouvelle établie à bord de chaque bâtiment et composée de deux officiers de l'état-major, deux officiers mariniers ou sous-officiers, trois matelots soldats ou canonniers. Ils paraissaient appelés surtout a remplacer les conseils de justice ; car le législateur, en les chargeant de prononcer les peines afflictives, ne réputait telles que les réductions de grade ou de solde et la cale[4].

A. OUDIN.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

[1] Loi du 10 nivôse an II, art. 9, 14, 15 et 19.
[2] Même loi, art. 6, 7, 11 et 16.
[3] Même loi, art. 7 et 41.
[4] Même loi, art. 36 et 38. — Ces textes se concilient difficilement avec l'opinion suivant laquelle les conseils de discipline auraient eu le droit d'appliquer la peine de mort.

ACTION EN RÉDUCTION. — ENFANT RENONÇANT.

L'action en réduction peut-elle être intentée par l'enfant qui a renoncé à la succession? — Examen de l'opinion émise à ce sujet par M. Troplong.

Par M. Gabriel DEMANTE, professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

La Cour de cassation persévère dans sa jurisprudence, sur le calcul de la quotité disponible, au cas de renonciation d'un enfant donataire, et la théorie dite du *cumul*, paraît devoir passer incessamment à l'état de fait accompli. Je ne serais pas revenu sur cette question tant discutée, à propos de laquelle la *Revue* m'a par trois fois ouvert ses colonnes [1], si une note de M. Devilleneuve sur l'arrêt du 23 juillet 1856 ne m'amenait à demander la parole, comme on disait jadis, *pour un fait personnel*. La juste autorité qui s'attache aux annotations du savant arrestographe me fera pardonner mon insistance à expliquer ma doctrine et à en écarter tout malentendu.

Après avoir discuté les arguments produits en faveur du système du cumul, M. Devilleneuve dit en résumé « qu'ils se ré» duisent à soutenir, d'après les principes de l'ancien droit, que » la renonciation de l'enfant donataire ne le prive pas de ses » droits sur la réserve lorsqu'elle a lieu pour s'en tenir à la do» nation qui lui en a été faite (lorsque cette renonciation a lieu » *aliquo accepto*, comme disaient les anciens auteurs), et qu'à » cet égard, s'il n'a pas le droit de la *demander*, il a du moins » celui de la *retenir*. » M. Devilleneuve ajoute à ce propos ; « Ce » point, admis par la Cour de cassation et par presque tous les » partisans du cumul, est cependant contesté par M. Gabriel » Demante qui va jusqu'à soutenir que l'enfant donataire renon» çant peut même *réclamer* sa part de réserve pour la cumuler » avec la quotité disponible. »

Comme j'ai borné mon ambition à défendre la jurisprudence de la Cour de cassation « à adoucir, sur cette matière, les vio» lences de la polémique..., à circonscrire le débat en le déga» geant de tous les arguments qui portent à faux, » je tiens beau-

[1] T. II, p. 81 et 148; t. III, p. 250. Joignez au tome II, p. 729, l'examen du traité de M. Coin-Delisle sur la *Limite du droit de rétention par l'enfant donataire renonçant*.

coup à éclaircir le nouveau malentendu que peut faire naître l'observation de M. Devilleneuve, si on l'entend ainsi. L'enfant, donataire d'une somme payable au décès du père, peut en renonçant à la succession, *demander* l'exécution intégrale de son titre de donation, sauf réduction et, par conséquent (le système du cumul admis), *réclamer* le payement de la somme par imputation d'abord sur la part qu'il aurait eue dans la réserve en acceptant, et subsidiairement, même jusqu'à épuisement, sur la quotité disponible ; voilà ce que j'ai dit et ce que je maintiens. Mais ce point, bien loin d'être en opposition avec la jurisprudence de la Cour de cassation, en est l'application logique; il se déduit notamment des motifs du très-remarquable arrêt du 21 juillet 1846 (Dev. 46, I, 826).

Si, au contraire, on me prête l'intention de soutenir que « le » droit à la réserve est tout à fait indépendant de la qualité » d'héritier, qu'il est attaché, par la nature et par la loi, à la » seule qualité de descendant [1] ; » rien n'est plus loin de ma pensée. J'ai dit tout au contraire : « Il n'y a nulle relation entre » la *rétention* de la réserve que fait le renonçant en vertu de la » donation, et la *réclamation* de la réserve que l'enfant peut » faire seulement en qualité d'héritier. Depuis la rédaction de » l'article 921 du Code civil, *la réclamation de la réserve par* » *voie d'action*, de la part du renonçant, *est tout simplement un* » *non-sens* [2]. » Je n'aurais pas parlé avec cette irrévérence, si j'avais écrit postérieurement à la publication du traité de M. Troplong sur les donations, car l'éminent jurisconsulte, revenant sur la doctrine commune qu'il avait précédemment adoptée, enseigne aujourd'hui « que l'action en réduction, action » exceptionnelle, toute particulière à l'enfant, toute personnelle » à lui, se distingue des autres actions en demande de légitime; » qu'elle est un privilége donné à l'enfant, seul, comme en- » fant, tandis que les autres actions en légitime ne sont que » des actions héréditaires, attribuées à la qualité d'héritier [3]. »

[1] Chabot, sur l'article 845, n° 9. — L'auteur se borne à développer ce système, sans conclure, au moins dans sa dernière édition, publiée par Mazerat (1839).

[2] *Revue*, t. II, p. 158. Joignez t. III, p. 255, et M. Beautemps-Beaupré, *De la portion de biens disponible*, n° 126.

[3] M. Troplong, *Donations*, n° 916; comparez le *Contrat de mariage* du même auteur, n° 2223.

Toutefois, sauf la forme, je maintiens ma proposition et je l'explique. Quand l'effet de l'action en réduction était réglé seulement par l'interprétation doctrinale, en présence du principe généralement admis, *non habet legitimam nisi qui heres est*, c'était une grave difficulté que d'écarter les créanciers héréditaires du bénéfice de la réduction.

On y arrivait, cependant, parce que l'équité de ce résultat est manifeste ; mais on débattait sur la formule scientifique qu'il convenait d'y appliquer. Les uns disaient qu'il fallait faire exception à la règle, et que l'enfant, dans ce cas unique, pourrait réclamer sa légitime sans se porter héritier. (V. Dumoulin, Consilium 35, n° 15 et seq.) ; d'autres, que le légitimaire alors *est tantum heres in legitima* (Coquille, sur *Nivernois*, titre des Donations, article 17, et Tronçon, cité par Ferrière, sur Paris, article 298, glose 1, n° 53). Enfin Ricard proposait le remède d'une acceptation sous bénéfice d'inventaire, palliatif insuffisant, par lui-même, puisque l'héritier bénéficiaire doit payer les dettes sur les biens héréditaires.

Mais aujourd'hui, le législateur ayant statué par disposition formelle et impérative, il va sans difficulté que les créanciers héréditaires ne peuvent profiter de la réduction (art. 921) ; le remède du bénéfice d'inventaire est topique et sauve tous les droits. Pourquoi donc alors déroger à la règle générale ? Pourquoi s'engager dans toutes les difficultés que fait naître le système de M. Troplong et que lui-même accuse fortement en ces termes (n° 936) : « Il est certain que l'enfant qui » renoncerait, se créerait des embarras sérieux. Les donataires » pourraient lui dire : nous ne sommes sujets à votre action, » qu'autant que la succession n'a pas pu vous payer de votre » légitime. Mais vous y avez renoncé, et par là vous n'avez pas » seulement renoncé aux valeurs actuelles, qui peuvent être » nulles ou insuffisantes, mais encore aux valeurs dont elle » pourrait s'enrichir plus tard, et qui vous obligeraient à nous » rendre ce que le retranchement nous aurait enlevé. Les choses » ne sont donc pas entières par votre fait, et ce fait se rétorque » contre vous en vous rendant non recevable.... Ces objections » sont graves, etc. »

En résumé, l'enfant ne peut rien prétendre sur le patrimoine s'il n'est ou héritier, ou donataire, ou légataire de son père.

Quoi qu'il en soit d'ailleurs de ce point extrême, naguère

abandonné de tous, aujourd'hui repris avec une grande verve par M. Troplong, il doit être soigneusement écarté de la controverse relative au calcul de la quotité disponible, en cas de renonciation d'un enfant donataire. GABRIEL DEMANTE.

DE LA TRANSCRIPTION EN MATIÈRE HYPOTHÉCAIRE

D'APRÈS LES LOIS ALLEMANDES.

Par M. BERGSON, docteur en droit.

(*Suite*[1].)

9. Dans la première partie du présent travail, j'ai examiné la loi du 23 mars 1855 dans ses dispositions principales, au point de vue du droit comparé. De l'examen de la loi du 23 mars j'ai tiré la conclusion que cette loi n'était qu'un *premier pas fait dans la voie du progrès*, et qu'elle n'a résolu qu'en partie le problème de la réforme hypothécaire. Je vais aborder à présent la deuxième partie de ma tâche. L'étude des lois des pays où, d'un aveu général, le régime hypothécaire est aujourd'hui le mieux assis, me fournira de nombreux points de rapprochement avec notre législation française. C'est en Prusse et en Pologne que le crédit foncier a jeté dans le sol les racines les plus profondes. J'aurai donc à expliquer les éléments qui en ont préparé le succès dans ces contrées. Je jetterai ensuite un coup d'œil rapide sur les institutions hypothécaires des autres contrées du nord de l'Europe. Enfin je terminerai cet aperçu par l'examen d'un projet de transcription hypothécaire au profit de la petite propriété, proposé par un magistrat prussien.

10. La réforme du régime hypothécaire en Prusse date de Frédéric II. Une guerre longue et ruineuse avait tari toutes les sources de la propriété rurale. En Silésie surtout, l'objet et le théâtre de cette guerre, l'intérêt de l'argent était monté à 10, les frais de commission à 3 et 5 pour 100, pendant que les produits du sol se vendaient à vil prix. Un sursis de trois ans dut

[1] Voyez t. VI, p. 169.

être accordé à la noblesse de cette province pour payer ses dettes. Dans cet état de choses, un négociant de Berlin (Buhring) fit à Frédéric II une proposition tendant à relever le crédit foncier de sa décadence, en substituant à la responsabilité individuelle de chaque débiteur la garantie collective d'une association de propriétaires engagés par contrat hypothécaire. Telle fut l'origine de la première société de crédit foncier (*Landschaft*) formée entre les propriétaires de biens nobles (*Ritterguter*) de Silésie, en 1763. L'association silésienne, très-imparfaite d'abord, fut améliorée progressivement, et complétée enfin par l'introduction de son élément le plus important, l'extinction de la dette par l'amortissement. Des sociétés analogues s'établirent bientôt dans les autres provinces de la monarchie : dans la Marche de Brandebourg (1777), dans la Poméranie (1781), dans la Prusse occidentale (1787), dans la Prusse orientale (1788).

En même temps qu'il dotait ainsi l'agriculture d'un instrument puissant de crédit, ce grand souverain songeait à la réforme d'une législation hypothécaire vicieuse et surannée. Il chargea son chancelier Carmer de la rédaction d'une nouvelle loi qui parut enfin sous le non d'*ordonnance hypothécaire* (*Hypotheken-Ordnung*), du 20 décembre 1780. Cette ordonnance, digne d'être comparée aux plus belles ordonnances du règne de Louis XIV, peut être considérée comme la loi-mère de toutes les lois qui régissent aujourd'hui la propriété foncière en Allemagne et dans les principaux États du Nord. Créée surtout en vue de la grande propriété, ses rouages sont sans doute trop savants et trop compliqués. Elle porte en traits profonds le cachet de cet esprit de tutelle et de prévoyance qui, en se méfiant de l'initiative individuelle, a surchargé la besogne des tribunaux. Elle a sacrifié jusqu'à l'excès au principe de *vérité matérielle* qui a présidé à la rédaction du Code de procédure prussien, et dont une longue expérience a démontré le vice radical[1]. Il faut néanmoins convenir qu'elle a tracé la voie à une série de mesures par lesquelles les Stein et les Hardenberg, dans les années mémorables de 1807-1811, ont opéré l'affranchissement du sol (lois du 9 novembre 1807 et du 14 septembre 1811). Étayée des institutions de crédit foncier, elle a puissamment

[1] V. mon *Aperçu de la réforme de la procédure prussienne*, 1847, p. 9 et suiv.

contribué à la prospérité d'un sol en général peu favorisé par la nature, et dont les forces productives ont décuplé dans l'espace d'un demi-siècle. L'analyse de l'ordonnance de 1783, que je vais essayer, est donc de nature à offrir un haut intérêt.

11. La loi prussienne délègue la tenue des registres hypothécaires aux Cours et aux tribunaux. Tous les immeubles situés sous la juridiction d'un tribunal de district (arrondissement), doivent être inscrits sur un registre spécial. Chaque fonds possède sur ce registre une page, un folio distinct, où il est inscrit par ordre de numéros. Le registre contient en outre une table alphabétique des noms des propriétaires, avec renvoi aux numéros des fonds de terre. Le folio de chaque immeuble a trois rubriques principales, divisées par colonnes. Sur l'intitulé du fonds on inscrit son numéro et sa dénomination, le cercle ou le district dont il fait partie, et en général toutes les désignations caractéristiques; ensuite le nom du propriétaire, le prix de vente et l'origine du droit de propriété, achat, cession, échange, donation ou autre.

Sous la deuxième rubrique, on inscrit les charges réelles et perpétuelles qui grèvent le fonds ou limitent les droits du propriétaire d'une manière déterminée. Les obligations réelles susceptibles d'inscription sont notamment:

1° Les charges et obligations perpétuelles;

2° Les modifications de la propriété et celles de sa libre disposition;

3° Les reliquats des sommes à payer, pour lesquels la propriété ou un droit hypothécaire a été inscrit;

4° Les prêts et autres contrats semblables, garantis par une hypothèque formelle;

5° Les cautions;

6° Les hypothèques légales et tacites de toute nature.

Sous la troisième rubrique on inscrit les créances hypothécaires, les acquisitions avec délai pour payement, les hypothèques tacites et légales, les cautions pour les tutelles et celles à fournir par les employés. Dans une note distincte, il est fait mention si la créance inscrite est éteinte par payement ou d'une manière quelconque.

A côté du registre foncier il existe un livre particulier d'inscription, où l'on transcrit tous les actes dont le registre foncier ne contient qu'une mention sommaire, les copies des pro-

cès-verbaux dressés pour la reconnaissance de l'acte, l'exécution du contrat, la cession de la propriété et la prestation de la décharge, ainsi que les copies d'ordonnance du tribunal pour l'inscription, et l'estimation des créances. Le livre d'inscription est tenu par ordre de dates. Il existe en outre, au siége de chaque Cour supérieure ou d'appel, un registre particulier des actes fonciers, qui contient les requêtes et les pièces relatives aux hypothèques, les minutes des décrets, les procès-verbaux, les rapports, les avertissements et autres renseignements.

Un membre du tribunal de district est chargé de la tenue des registres. Les tribunaux et les Cours sont responsables de l'exactitude de leurs registres, et répondent de la fidélité de la teneur des actes inscrits; mais ils ne sont pas responsables de la validité et de l'authenticité des actes déposés. Des extraits des registres ne peuvent être communiqués que sur une autorisation du tribunal. Ces différentes dispositions sont l'objet du titre 1er.

12. Le titre 2 de l'ordonnance règle le mode de procéder. Toute demande d'inscription doit être signée par un notaire. Le juge examine la qualité des contractants, la nature du fonds de terre hypothéqué, le contenu et la forme du titre, et doit s'assurer s'il est conforme à la loi. Il doit veiller à ce que tout ce qui concerne le payement, la nature et le titre des monnaies soit convenablement réglé. Après cet examen, on transmet au teneur du registre hypothécaire une note d'inscription signée par trois membres du tribunal, et qui doit être transcrite littéralement. Cette note doit s'accorder avec le contenu de l'acte, et comprendre toutes les circonstances essentielles de la créance. La requête en double et le document original sont joints au décret d'inscription. Les décrets relatifs aux mêmes fonds sont inscrits, non d'après la date de leur présentation, mais d'après celle du jour de la présentation des requêtes : on sait que l'article 2147 du Code Napoléon dispose, au contraire, que tous les créanciers inscrits le même jour exercent en concurrence une hypothèque de la même date. — Après l'inscription de la note, le teneur du registre en fait un résumé contenant le nom de celui au profit duquel l'inscription a été prise, le volume et la page du registre, le rapport avec le modèle de l'inscription expédiée et la date. Il délivre ensuite au demandeur un certificat d'hypothèque signé, après vérification, par le juge-rapporteur, et revêtu du sceau du tribunal.

13. Toute mutation d'un bien-fonds doit être inscrite sur le registre hypothécaire du district où il est situé. La déclaration de mutation doit être faite, par les parties intéressées, dans l'espace d'une année. Le possesseur inscrit d'un immeuble peut seul prendre toutes les dispositions relatives à cet immeuble; l'acquéreur non inscrit ne peut faire aucune inscription au profit d'un tiers; mais il peut faire inscrire une *protestation* s'il y a empêchement. Les actes authentiques sont seuls susceptibles d'être inscrits : on sait que la loi du 23 mars admet aussi à la transcription les actes sous seing privé. Les clauses restrictives de la propriété et les charges réelles dont le juge a connaissance lors de l'examen du titre de possession, doivent être inscrites d'office; les hypothèques réservées pour sommes prêtées et les hypothèques légales ne sont inscrites qu'à la demande des parties intéressées. Si les biens vendus sont situés dans plusieurs districts, l'inscription est faite sur le registre de chacun de ces districts. L'adjudicataire par suite d'une vente forcée qui a acquitté le prix de la vente aux créanciers inscrits, n'est plus exposé à aucune demande de la part des autres créanciers. Tout autre acquéreur d'un immeuble, pour se mettre à l'abri des demandes des tiers non inscrits, doit citer tous les ayants droit ou prétendus tels, et obtenir contre eux une sentence de forclusion. Dès que cette sentence a acquis la force de la chose jugée, nul ne peut s'inscrire contre son contenu, et aucune opposition n'est plus admissible.

Le créancier d'une hypothèque générale a, par l'inscription, les droits d'un créancier ordinaire sur les biens affectés à son hypothèque, mais il n'a aucun droit sur les autres. Un délai de trente-huit jours est accordé à l'emprunteur qui n'a pas reçu les fonds. S'il laisse écouler ce délai sans faire inscrire une protestation, il ne peut opposer au tiers cessionnaire de l'acte d'hypothèque, l'exception du payement non reçu (*non numeratæ pecuniæ*). Les hypothèques légales ou tacites sont inscrites à la requête des ayants droit ou de leurs mandataires : celles dont sont grevés les biens des comptables au profit des caisses publiques, à la requête de l'administration; celles des tuteurs et des curateurs en faveur des mineurs et des interdits, à la requête du tribunal supérieur des tutelles.

14. Les cessions de créances s'opèrent soit en justice, soit devant notaire. Avant d'ordonner l'inscription d'une cession, le

tribunal doit s'assurer si, d'après l'état du registre foncier, la cession a été effectuée valablement. L'acte de cession est transcrit en entier, et une mention de la transcription est faite sur l'acte original et sur la copie vidimée. L'inscription est notée sous la rubrique des cessions, et le certificat hypothécaire est délivré comme reconnaissance et attaché à l'acte. Il est donné avis au débiteur de l'inscription de la cession. Ces dispositions s'appliquent aussi aux engagements d'actes inscrits judiciairement. La saisie d'une créance inscrite est notifiée sur le registre foncier, à la réquisition du juge compétent de la saisie. Si la saisie n'est pas justifiée, le juge ordonne la radiation de l'inscription qui a été faite.

15. Le détenteur d'un acte hypothécaire, tant que la créance est inscrite en son nom, a le droit d'en disposer d'une manière absolue. Pour faire rayer sur le registre foncier le payement d'une créance, le débiteur doit produire :

1° L'acte grossoyé avec le certificat hypothécaire portant reconnaissance de son inscription;

2° La quittance délivrée par le créancier devant le tribunal chargé des registres.

Le tribunal examine l'acte produit. Si la reconnaissance est sous seing privé, le créancier est sommé à faire la reconnaissance de l'acte. La quittance étant reconnue régulière, l'ordre de radiation est donné au teneur du registre. Ce dernier inscrit la note contenue dans l'ordre du tribunal sur la feuille où la créance est inscrite, sous la colonne des radiations; mais l'inscription n'est pas effacée, les registres fonciers ne devant jamais être raturés.

Pour l'extinction d'une tutelle inscrite, il faut une attestation du tribunal de tutelle constatant que le tuteur a été déchargé de la tutelle, ou une quittance du mineur devenu majeur ou de ses héritiers.

16. La loi prussienne admet encore une espèce d'inscription provisoire connue sous le nom de *prénotation*. Il y a lieu à prénotation lorsqu'on a sur un fonds de terre un droit réel pour lequel on ne peut présenter un titre liquide. Le juge examine si le droit réel est attesté suffisamment par des documents non suspects ou autrement; et s'il trouve la protestation admissible, il donne ordre au teneur du registre de l'inscrire. L'inscription est faite sous la rubrique à laquelle appartiendrait le droit liti-

gieux s'il devait être inscrit. Avis de l'inscription est donné d'office au propriétaire du fonds. Tant que la prénotation inscrite grève le fonds, toutes les dispositions et les inscriptions prises postérieurement ne peuvent porter préjudice au droit réel du protestant. Si ce droit est confirmé par un jugement, il est inscrit *ipso jure* à la place de la prénotation, et prime toutes les créances postérieures. Si au contraire le protestant est débouté de sa demande, la prénotation est rayée.

Enfin, dans une dernière section (tit. 2, sect. 7), la loi s'occupe des certificats hypothécaires. Le certificat hypothécaire n'est qu'une copie authentique du registre foncier touchant un certain fonds. Il sert à faire connaître les hypothèques qui grèvent ce fonds ; souvent il tient lieu de la reconnaissance d'une inscription. Le tribunal examine si celui qui requiert une expédition pour de simples renseignements peut y être autorisé. Le teneur du registre foncier doit transcrire littéralement le certificat sans aucun changement, omission ou addition. Le certificat doit être écrit dans l'ordre des rubriques et des colonnes du registre. Avant d'être délivré, il est revêtu du sceau du tribunal, qui en garantit l'exactitude.

17. Le Code général de 1794, au titre des hypothèques (tit. 20, sect. 1re), reproduit en partie et complète les dispositions de l'ordonnance de 1783. Ainsi il prescrit que tous les immeubles situés dans un district doivent être inscrits sur le registre foncier du district; que le droit de tenir le livre foncier et d'y faire des inscriptions n'appartient qu'au tribunal dans le ressort duquel l'immeuble est situé. La convention en vertu de laquelle les biens du débiteur ont été hypothéqués en totalité ou en partie, n'autorise pas le créancier à faire inscrire ses droits sans le consentement spécial et exprès du débiteur. Le droit d'hypothèque ne s'acquiert que par l'inscription. Tant qu'un droit d'hypothèque fondé sur la loi ou sur une déclaration de volonté n'est pas inscrit, il n'a point le caractère d'un droit réel. Si, à l'époque où l'inscription est demandée, le débiteur n'est pas inscrit sur le livre foncier comme propriétaire, le créancier ne peut obtenir une hypothèque valable. Lorsque plusieurs immeubles sont grevés d'hypothèque dans le même contrat, le créancier qui réclame l'inscription doit expressément indiquer ceux de ces biens qu'il veut affecter.

Le législateur prussien semble ainsi avoir consacré d'une

manière absolue, en matière réelle, les principes de la publicité et de la spécialité. Toute mutation de la propriété, les charges qui la grèvent, les hypothèques, doivent être inscrites. Le propriétaire inscrit peut seul disposer valablement de l'immeuble. Le livre foncier semble présenter bien réellement le tableau exact et seul officiel de la propriété, et le sort des créanciers et des propriétaires être fixé d'une manière définitive et irrévocable par l'ordre des inscriptions.

Malheureusement il n'en est pas ainsi. A côté des dispositions que je viens d'analyser, on rencontre dans le Code de 1794 plusieurs autres conçues dans un esprit différent, ou qui du moins, par leur rédaction vague ou obscure, permettent à l'interprétation d'en tirer des conclusions contraires aux règles ci-dessus retracées. Appuyée sur une interprétation selon nous erronée des textes, une jurisprudence aujourd'hui définitive a érigé un système qui, j'ose le dire, ne tend à rien moins qu'à bouleverser l'œuvre si savante et si logique du législateur de 1783. Qu'il me soit permis d'entrer à cet égard dans quelques explications.

18. Au titre de la vente, le Code prussien reproduit l'ancien principe du droit romain relatif à la tradition (partie I, titre 10). Contrairement à la disposition de l'article 1583 C. Nap., il prescrit que l'acquisition de la propriété n'est parfaite que par la tradition réelle émanée soit du vendeur, soit du juge. Il faut en outre, pour la validité de l'aliénation, que le vendeur, au moment de la tradition, soit propriétaire de la chose. A cet effet il doit justifier de sa propriété devant le juge des lieux lors de la vente. Enfin il ne suffit pas que l'immeuble vendu ait été livré par un acte de tradition, il faut encore que la vente soit inscrite. L'acquisition d'un immeuble, est-il dit au titre de la vente, n'est parfaite que par l'inscription du titre sur les registres publics. Le détenteur d'un immeuble inscrit sur ces registres en est réputé propriétaire à l'égard des tiers. Entre plusieurs acquéreurs, celui qui le premier a fait transcrire son titre est préféré aux autres. Il en est de même de l'acquéreur auquel l'immeuble a été livré par le possesseur inscrit. Toutefois, l'acquéreur inscrit d'un bien-fonds est préféré à celui qui est entré en possession par voie de tradition. Enfin la tradition d'un bien-fonds effectuée par le possesseur inscrit a pour effet d'en transférer d'une manière irrévocable le domaine, et le vé-

ritable propriétaire ne conserve qu'un recours contre le vendeur. (Titre de la vente, §§ 6-14, 18-20.)

La question de la bonne et de la mauvaise foi occupe encore une place très-importante dans le Code de 1794, au titre de la vente. Ainsi, d'un côté, il ne permet pas que les actes passés de bonne foi avec le possesseur inscrit puissent être attaqués par ce seul motif qu'il n'était pas le véritable propriétaire. D'un autre côté, il refuse à celui qui savait que le détenteur n'était pas propriétaire, tout droit soit contre le vrai propriétaire, soit contre les successeurs de ce dernier. Il va encore plus loin. L'acquéreur d'un immeuble qui avait connaissance des droits d'un autre, soit au moment du contrat, soit lors de la tradition, soit seulement lors de la transcription de son titre, n'est pas fondé à se prévaloir de l'acte de vente. Cette dernière disposition contient évidemment une exagération du principe de la bonne foi, principe si souvent invoqué par les rédacteurs du Code prussien. Guidés par une tendance sans doute honnête et profondément morale, ils n'ont pas cependant hésité à lui sacrifier quelquefois des intérêts d'un ordre très-élevé[1]. Ainsi, pour ne pas dépasser les limites de la question qui nous occupe, est-il juste de refuser tout droit à un acquéreur qui a contracté de bonne foi avec le détenteur inscrit d'un immeuble et en a payé le prix, par ce seul motif qu'une circonstance imprévue est venue lui révéler par la suite les droits du propriétaire non inscrit?

19. La distinction entre la tradition de l'immeuble vendu et la transcription du titre établie par le Code prussien, repose sans doute sur des motifs respectables. En effet le législateur, tout en admettant la transcription comme base fondamentale du régime hypothécaire, peut choisir entre deux voies distinctes. La première consiste à ne considérer comme propriétaire d'un bien-fonds que celui qui est inscrit sur les registres publics. C'est la voie suivie par le législateur néerlandais. Il pose d'une manière absolue la règle que la tradition de l'immeuble s'opère par la transcription sur les registres publics (C. néerl., art. 671). Dans l'intérêt de la publicité, il a substitué à la maxime romaine la maxime moderne, en confondant la tradition avec la transcription. La vente n'est parfaite que par la transcription

[1] V. la *Revue critique*, octobre 1857, p. 377.

du titre. Le législateur polonais a adopté le même principe, ainsi que nous le verrons par la suite. — La seconde voie consiste à prescrire la transcription du titre de mutation comme base essentielle de toute garantie hypothécaire, tout en respectant la foi des contrats. Dans l'intérêt de la fixité de la propriété, la loi prescrit que, jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes ou jugements concernant des immeubles ne peuvent être opposés aux tiers. Telle est la disposition de l'article 2 de la loi du 23 mars 1855. Elle n'abroge en aucune façon le principe de la transmission de la propriété par le seul effet du consentement contenu dans l'article 1583 C. Nap.; elle en limite seulement les effets par rapport aux tiers. Dans le même esprit le législateur prussien, tout en maintenant pour la transmission de la propriété la nécessité de la tradition, prescrit que le détenteur d'un immeuble inscrit sur les registres publics en est réputé propriétaire à l'*égard des tiers*. Dans ce système, la propriété se présente sous deux formes distinctes; les auteurs allemands les caractérisent par les dénominations de propriété *civile* et de propriété *naturelle*.

En effet, entre deux acquéreurs successifs du même immeuble, la préférence se règle d'après la date du titre. Par le seul fait du contrat, le vendeur, quoique investi encore de la possession de la chose, ne pouvait plus en disposer valablement; il ne pouvait plus transmettre à un second acquéreur un droit qu'il a cessé d'avoir lui-même, d'après la maxime : *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*. Le premier acquéreur, pour se mettre en possession de l'immeuble vendu, a une action en revendication soit contre le vendeur, soit contre le second acquéreur et contre ceux qui tiennent leurs droits de ce dernier. La règle nouvelle établie par la loi du 23 mars, il est vrai, a modifié jusqu'à un certain point la condition du second acquéreur. Si, sur la foi des registres publics et avant que rien ne soit venu lui révéler les droits du premier acquéreur, il a fait transcrire son titre, il est protégé par la loi, aux yeux de laquelle il est réputé *un tiers*, puisqu'il a traité de bonne foi avec le propriétaire apparent.

Il en serait autrement s'il savait que la propriété était acquise au premier acquéreur : la formalité de la transcription serait insuffisante, en ce cas, pour le protéger contre l'action en revendication exercée par celui-ci. En effet, la transcription n'ajoute

rien aux droits respectifs des parties ni à la validité du contrat. Simple formalité postérieure à la confection de l'acte, elle a seulement pour objet d'empêcher que ceux qui traitent avec le propriétaire apparent et actuel d'un immeuble ne soient victimes d'aliénations qu'ils n'ont pu connaître. A plus forte raison la transcription serait insuffisante pour garantir le second acquéreur qui a participé à la fraude du vendeur[1]. — Supposons encore que le premier acquéreur ait vendu l'immeuble à un tiers qui a fait transcrire son titre : celui-ci pourra l'opposer au second acquéreur et à ses cessionnaires inscrits depuis, car il a acquis d'un vrai propriétaire. La disposition de l'article 2147 C. Nap. fournit une autre espèce d'application : entre deux acquéreurs de date successive qui font transcrire leurs titres le même jour, la préférence appartiendra au plus ancien en date. En un mot, l'acquéreur a sur l'immeuble, jusqu'au moment de la transcription, un droit de propriété analogue à celui qui était connu en droit romain sous le nom *in bonis*, d'après cette définition : *Rem in bonis nostris habere intelligimus, quoties possidentes exceptionem aut amittentes ad recuperandam rem actionem habemus* (D., 52, *De acquir. rer. domin.*). Dans le même esprit, le Code prussien prescrit que celui qui savait que le détenteur inscrit de l'immeuble n'était pas le vrai propriétaire, ne peut acquérir aucun droit par la transcription de son titre, qu'il ne peut opposer au véritable propriétaire ni la tradition ni la transcription.

20. Les règles que je viens de retracer, et qui découlent de la nature même des choses, ont été méconnues par une jurisprudence désormais fixée à la vérité d'une manière irrévocable, puisqu'elle repose sur une interprétation authentique du ministre de la justice, mais qui ne m'en paraît pas moins en contradiction avec l'esprit et le texte de la loi. Je vais résumer en peu de mots les propositions que l'autorité de la Cour suprême de Berlin a fait admettre dans la jurisprudence prussienne :

[1] M. Bressolles, dans son excellent *Commentaire de la loi du 23 mars* (2e édit., p. 30), donne une solution différente. Mais puisqu'il convient que la transcription doit garantir contre des aliénations antérieures et *ignorées*, ne semble-t-il pas admettre par là que si le premier acquéreur avait eu connaissance de la première aliénation, il ne pourra pas se prévaloir du fait de la transcription? C'est ce qui a été également admis en fait de meubles. En ce qui concerne les tiers, la vente de meubles n'est parfaite que par la tradition réelle reçue de *bonne foi*. (M. Troplong, *De la vente*, p. 49.)

1° La propriété des immeubles se transmet par la tradition, non pas par l'inscription du titre; 2° pour faire inscrire un titre, l'acquéreur doit justifier de la tradition opérée à son profit; 3° la disposition aux termes de laquelle le détenteur inscrit d'un immeuble en est réputé propriétaire à l'égard des tiers, ne s'applique qu'aux seules hypothèques.

Cette jurisprudence refuse en outre au premier acquéreur d'un immeuble qui a fait transcrire son titre, tout droit contre le second acquéreur auquel l'immeuble a été livré, lorsqu'il ne justifie pas de la tradition effectuée. D'un autre côté, si le propriétaire, après avoir livré une portion de l'immeuble à un premier acquéreur qui ne fait pas transcrire, le revend ensuite en totalité à un second acquéreur qui fait transcrire, elle refuse à ce dernier le droit de revendiquer la portion livrée. Toutefois, lorsqu'il s'agissait de déterminer le rang entre les créanciers hypothécaires inscrits, elle a dû s'incliner devant le texte formel de la loi. Elle ne pouvait faire moins en présence de cette disposition si énergique de l'ordonnance de 1783 : Celui dont le titre de possession a été régulièrement inscrit, en est réputé seul et véritable propriétaire (titre 2, § 92); et de cette autre du Code de 1794 : Toute hypothèque constituée par le détenteur inscrit est valable et doit être maintenue, quand même il serait établi par la suite qu'il n'était pas le véritable propriétaire (I, 20, § 410).

Une jurisprudence si peu en rapport avec les besoins d'une saine publicité, ne pouvait laisser de rencontrer une résistance énergique du côté des tribunaux. Des voix puissantes se sont élevées pour la combattre. Un auteur distingué, M. Plathner, notamment l'a attaquée dans une suite de publications avec une verve et une ardeur remarquables [1]. Il lui reproche d'avoir ébranlé dans ses bases l'édifice hypothécaire, d'avoir introduit des contradictions et des difficultés inexplicables dans une institution destinée à garantir la fixité de la propriété, et d'avoir jeté la perturbation dans les rapports de la propriété en ouvrant la porte à des contestations interminables. Pour remédier à cet état de choses, il insiste sur la nécessité de substituer aux règles adoptées par la Cour suprême de Berlin les suivantes :

[1] *Die Grundzüge der preussischen Hypothekenverfassung une deren Umsturz durch die neuere Rechtswissenschaft.* Breslau, 1855.

1° Le possesseur inscrit doit être regardé comme étant investi de tous les droits de propriété;

2° Des droits réels et spécialement des droits hypothécaires ne peuvent être constitués sur un immeuble que par voie de transcription;

3° La transcription est l'acte juridique translatif de propriété.

A l'appui de ces propositions, l'auteur examine l'esprit général de l'ordonnance de 1783. Dans le but de garantir la fixité de la propriété, elle prescrit la régularité du titre de possession: elle impose à l'acquéreur l'obligation de justifier d'un titre valable et du consentement du propriétaire inscrit, mais aucunement de la tradition effectuée (tit. 2, §§ 55, 64, 92). Il invoque également les termes précis d'un rescrit du rédacteur de l'ordonnance de 1784, le chancelier Carmer, ainsi conçue : « Il est inutile d'exiger de la part de l'acquéreur la justification de la possession de l'immeuble sans laquelle le domaine civil peut se transmettre valablement : la mise en possession (tradition) peut s'effectuer valablement, soit avant, soit après la régularisation du titre de possession[1]. » — Il cite encore un rescrit du 26 mai 1804, conforme à un autre du 5 mai 1794, aux termes duquel la transcription du titre peut avoir lieu, lors même qu'on ne justifierait pas de la tradition de l'immeuble : il suffit que la transcription ait été opérée avec le consentement du vendeur. L'acquéreur inscrit a la disposition exclusive de la substance de la chose. — Enfin, dans une foule de dispositions du Code de 1794, il est encore question de la transcription du titre, sans qu'il y soit fait aucune mention de la formalité préalable de la tradition[2].

L'auteur prussien, dans sa polémique contre la nouvelle jurisprudence, a dépassé, il faut en convenir, les limites d'une saine interprétation des textes. Lorsqu'il refuse au premier acquéreur investi de la possession de l'immeuble, mais non encore inscrit, toute action, sinon une action personnelle contre son vendeur, il se met en contradiction avec cette disposition du Code de 1794, qui déclare l'acquisition de la propriété parfaite par la tradition de l'immeuble. Lorsqu'il soutient que le vendeur encore inscrit continue à être investi de la pro-

[1] Comp. tit. 2, § 92 : Celui dont le titre a été régularisé est reconnu comme seul et véritable propriétaire de l'immeuble.

[2] I, 10, §§ 7-9, 18-23; I, 11, § 125; I, 17, §§ 199-200; I, 18, § 731.

priété, qu'il a le droit d'en disposer valablement et d'exercer l'action en revendication, il commet une seconde erreur. Enfin, et c'est là la troisième erreur de l'auteur, il méconnaît l'esprit général du Code de 1794. Cet esprit, nous l'avons dit plus haut, est celui de la *vérité matérielle*, but suprême de la législation prussienne. Aux yeux du Code, celui-là seul est considéré comme propriétaire d'un immeuble qui l'a acquis par voie de tradition du véritable propriétaire, en vertu d'un titre valable. Ce principe, le Code le limite seulement dans l'intérêt du principe de publicité. Il refuse à l'acquéreur, jusqu'au moment où il a fait transcrire son titre sur les registres fonciers, la faculté de passer relativement à l'immeuble aucun acte valable en public. Il déclare valables les actes passés avec des tiers qui, sur la foi des registres, ont traité de bonne foi avec le possesseur inscrit de l'immeuble avant la transcription du titre.

Tel est le système hypothécaire du Code prussien, basé sur le principe salutaire de la publicité ou de la transcription. Tels sont les écarts dans lesquels une jurisprudence égarée par un respect exagéré de la vieille maxime de la tradition, l'a fait dévier de ses véritables bases. Des voix célèbres se sont élevées contre toute espèce de tradition solennelle.

Le Napolitain Vico déjà, dans son Histoire du droit, l'a regardée comme une institution vieillie. De nos jours, un magistrat éminent l'a combattue comme « l'une de ces restrictions arbitraires introduites par l'esclavage des formes[1]. » Sans aller aussi loin, tout en admettant que l'interprétation de l'article 1583 a fourni l'occasion à des difficultés, à des controverses ardues, l'oserai-je dire, insolubles, que dans les Codes mêmes auxquels le Code Napoléon a servi de modèle, il a dû subir des modifications fondamentales, il n'en faut pas moins convenir qu'en présence du principe si fécond de la transcription, la tradition, du moins par rapport à la propriété immobilière, a perdu en bonne partie sa vraie signification. Aussi le législateur français, lorsque par une restitution longtemps réclamée, il est venu enfin remplir l'une des lacunes les plus regrettées de son œuvre admirable, nous semble-t-il avoir replacé la propriété sur ses véritables bases. Dans le système du Code, la tradition et la transcription forment aujourd'hui deux corollaires néces-

[1] M. Troplong, *De la vente*, t. I, p. 47.

saires, se complétant réciproquement, mais distincts. Si, en fait de meubles, la vente n'est parfaite à l'égard de tiers que par la tradition réelle reçue de bonne foi, il faut, en fait d'immeubles, une inscription du titre accomplie également de bonne foi. La tradition est devenue ainsi, en fait d'immeubles, une formalité accessoire qui ne peut servir qu'à constater, selon l'expression des auteurs allemands, la *propriété naturelle* destinée à garantir les droits de l'acquéreur jusqu'au moment de la transcription. Subordonner dès lors à la théorie de la tradition le principe de la transcription inscrit en toutes lettres dans la loi, ainsi que l'a fait la jurisprudence prussienne, ne serait-ce pas sacrifier les garanties modernes et fondamentales de la propriété à un respect outré d'une formule vieillie qui a perdu sa raison d'être? Ne serait-il pas plus logique d'admettre, avec le législateur néerlandais, que la *tradition* des immeubles s'opère par la transcription du titre sur les registres fonciers?

21. Après avoir retracé les principaux éléments de la législation prussienne en matière hypothécaire, j'arrive à l'examen d'une loi à laquelle elle a servi de base. La loi polonaise du 20 juillet 1818, complétée par une autre loi du 6 août 1828, emprunte un intérêt spécial à cette circonstance qu'elle a succédé au titre des hypothèques (tit. 18, liv. III) du Code Napoléon, en vigueur jusqu'à présent dans le royaume de Pologne. Destinée surtout à corriger les imperfections du régime français, elle devait offrir en même temps, en empruntant au régime prussien ses dispositions fondamentales, une *expression supérieure* de ces deux régimes. Elle se distingue surtout du modèle prussien par une simplicité et une nécessité de rédaction très-remarquables, ainsi que par des modifications importantes. A ces divers titres, elle mérite de fixer notre sérieuse atention.

De même que l'ordonnance de 1783, la loi polonaise prescrit que tous actes entre-vifs qui ont pour objet de transférer, restreindre, grever ou dégrever la propriété des immeubles, et tous actes concernant les droits hypothécaires, doivent être passés au bureau des hypothèques (*Chancellerie*) de l'arrondissement où les immeubles sont situés. Les actes passés ailleurs doivent y être déposés. — Elle reproduit également le principe que le possesseur inscrit a seul le droit de disposer de la propriété de l'immeuble. Les inscriptions prises contre le possesseur inscrit ne peuvent être attaquées par celui qui prétendrait

à un droit de propriété qu'il n'a pu faire inscrire, sauf son recours contre le possesseur. Les titres qui, par leur inscription sur les registres fonciers, constituent un droit réel, ne forment jusqu'à l'inscription qu'un droit personnel. Enfin, la préférence du droit *réel* dépend de la priorité de l'inscription. Parmi les acquéreurs du même jour, l'ordre des numéros d'inscription détermine la préférence.

Sont sujets à la formalité de la transcription :

1° Les aliénations des biens-fonds ;

2° Les restrictions apportées à la propriété, telles que les baux perpétuels, les clauses de réméré, les droits d'usufruit et de nantissement ;

3° Les charges perpétuelles, telles que les redevances en numéraire, en nature ou de main-d'œuvre ;

4° Les servitudes.

On retrouve encore dans la loi polonaise le droit de *prénotation ;* celui qui prétend avoir un droit, dont l'existence doit être préalablement établie devant les tribunaux, peut s'en assurer les effets au moyen d'un avertissement inscrit sur les registres publics. A cet effet, requête est présentée au tribunal avec les pièces à l'appui. Si le jugement est favorable, la créance prend rang du jour où l'avertissement est inscrit ; si la demande est rejetée, l'inscription est rayée. On distingue plusieurs espèces de prénotation :

1° Lorsqu'on dépose un jugement définitif emportant l'interdiction, la mort civile, l'adjonction d'un conseil judiciaire ou la cession des biens ;

2° Lorsqu'on dépose des actes qui suspendent l'exercice des hypothèques, tels qu'un acte de décès, un jugement de faillite. L'inscription de l'avertissement met les créanciers à l'abri des actes de l'héritier ou du failli ;

3° Lorsqu'on dépose l'assignation d'une partie tendant à établir judiciairement ses droits sur les biens ou sur les créances hypothécaires.

22. Les registres fonciers comprennent trois parties :

1° Le registre des conventions perpétuelles, contenant les contrats hypothécaires reçus soit à la chancellerie territoriale, soit à l'étranger ;

2° La collection des documents déposés à l'appui ;

3° Le sommaire hypothécaire, inscrit sur les premières pages

du registre des conventions perpétuelles. Ce résumé présente pour chaque immeuble un tableau abrégé de tout ce qui est survenu sur les fonds et sur les droits hypothécaires, et dispense de lire en entier les documents. Lors des conventions, les parties s'entendent sur la rédaction du résumé à inscrire. Le notaire ou le conservateur est tenu d'éclairer d'office les parties; il doit leur proposer le résumé. Le sommaire fait foi à l'égard des tiers.

Toute propriété rurale a son registre particulier. Dans les villes du premier et du second rang, il y a pour chaque maison importante un registre séparé. Les maisons de moindre importance sont réunies dans un registre, mais dans le sommaire hypothécaire elles sont distinguées au moyen de numéros.

Par une disposition analogue à celle de la loi prussienne, la loi polonaise prescrit que les actes reçus par le conservateur (notaire) sont examinés par l'autorité foncière, qui constate que l'acte remplit toutes les conditions légales. Cet examen n'a pour objet que de garantir la validité de l'acte à l'égard des tiers, sans lui ôter sa force entre les parties. Si l'acte est confirmé, le résumé est inscrit sur le sommaire hypothécaire. Les registres fonciers sont considérés comme des titres originaux; les extraits de ces registres ne sont que des copies authentiques.

Pour prendre une inscription, il faut élire domicile dans le royaume. Toutes significations concernant les droits et les obligations portés sur les registres fonciers, sont faites à ce domicile. Pour obtenir communication de ces registres ou d'un extrait, il faut une autorisation du conservateur, ou, à son refus, un ordre du président du tribunal.

Une chambre du tribunal, composée du président, d'un ou de deux juges et du conservateur, forme l'autorité foncière. Elle examine et confirme les actes inscrits sur le registre des conventions perpétuelles et les actes présentés pour être déposés dans les registres. Les contraventions sont poursuivies judiciairement.

L'acquéreur dont le titre a été reconnu et confirmé par l'autorité foncière est regardé comme le propriétaire réel de l'immeuble, après l'inscription du résumé du titre sur le sommaire hypothécaire. Néanmoins le propriétaire non inscrit conserve le droit de poursuivre la réparation du préjudice par lui éprouvé contre celui qui a été reconnu propriétaire. Le contractant qui

savait que le propriétaire reconnu n'était pas le véritable propriétaire ne peut acquérir aucun droit à son préjudice. Entre plusieurs acquéreurs dont les titres émanent du propriétaire inscrit, la préférence est accordée à l'acquéreur dont le titre a été inscrit le premier. Si le titre d'aucun acquéreur n'est encore inscrit, la priorité de date fixe la préférence.

La loi polonaise n'affranchit de la nécessité de la transcription aucune hypothèque soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle. La préférence entre les créances hypothécaires se règle d'après la date de l'inscription.

23. Je passe aux dispositions de la loi polonaise qui concernent les hypothèques proprement dites (chapitre V).

Tout acquéreur d'un droit hypothécaire, dont le titre n'est pas transcrit, ne peut réclamer contre le préjudice résultant soit de la transcription ultérieure du même droit au profit d'un second acquéreur inscrit, soit de l'extinction du droit et de la radiation sur les registres. Une cession de priorité de rang hypothécaire n'est valable qu'autant qu'elle est inscrite. Sont seuls susceptibles d'hypothèques :

1° Les biens immobiliers appartenant à des particuliers;

2° Les droits et capitaux hypothécaires de la même nature.

Le débiteur qui veut, à l'égard de tout acquéreur, se réserver le droit de conserver la créance, doit en faire inscrire l'avertissement sur les registres publics, dans les six semaines de l'inscription de la créance : sinon l'avertissement ne produit ses effets que contre les acquéreurs postérieurs. L'avertissement du débiteur a pour effet d'obliger le créancier à prouver la numération des espèces. Ainsi le créancier qui a obtenu un acte de reconnaissance doit obtenir, en outre, du débiteur une quittance qui constate le payement.

Contrairement à la disposition de l'article 2185 du Code Napoléon, la loi polonaise prescrit que tout contrat de vente, dont le prix est insuffisant pour acquitter les créances hypothécaires, n'est valable qu'entre le vendeur et l'acheteur. Ce dernier ne peut exiger que les créanciers requièrent dans un délai déterminé la mise aux enchères de l'immeuble, avec soumission d'augmenter le prix d'un dixième.

Comme la loi française, la loi polonaise admet l'existence des hypothèques légales. Ont droit à l'hypothèque légale : la femme mariée, le mineur et l'interdit, le trésor pour les arré-

rages et les contributions, les églises, les établissements publics, les villes et le trésor pour les créances résultant de la responsabilité des receveurs et de sous-comptables de deniers publics. Toutefois, les hypothèques légales ne produisent d'effet que par l'inscription de la créance sur les registres publics. Elle peut être inscrite sans le consentement du débiteur. L'inscription peut être requise par toute partie intéressée. Si les biens présents de ce dernier ne suffisent pas, le créancier peut prendre inscription sur les biens postérieurement acquis. Le débiteur peut demander la réduction de l'inscription lorsqu'elle excède la somme nécessaire pour la sûreté de l'hypothèque légale. Toute inscription d'hypothèque légale doit être signifiée au débiteur. La clause d'inaliénabilité, en ce qui concerne les immeubles ou les capitaux hypothécaires de la femme, doit être inscrite dans l'année sur les registres fonciers.

De même que l'hypothèque légale, l'hypothèque judiciaire ne produit d'effets que du jour de son inscription sur les registres fonciers. Elle ne résulte que d'un jugement définitif, et elle ne peut être inscrite sur les biens à venir du débiteur que lorsque ses biens présents sont insuffisants pour acquitter la dette. Les jugements des tribunaux étrangers sont inscrits après avoir été déclarés exécutoires par le tribunal compétent; les jugements arbitraux, lorsqu'ils sont revêtus de l'ordonnance d'exécution du tribunal ordinaire.

Le débiteur ne peut exciper contre un tiers de bonne foi du payement de la dette, à moins que le payement n'ait été énoncé sur les registres hypothécaires. Le créancier dont l'hypothèque est rayée peut se faire réintégrer en vertu d'un jugement, et, avant de l'avoir obtenu, faire inscrire un avertissement. Mais si dans l'intervalle un tiers a obtenu de bonne foi un droit hypothécaire, le créancier ne peut prendre que la place laissée libre par le tiers. Contrairement à la disposition de l'article 2154 du Code Napoléon, les inscriptions hypothécaires ne sont pas sujettes au renouvellement ni à la prescription.

24. La loi polonaise (chapitre 7) établit un mode spécial pour les immeubles et les capitaux hypothécaires dépendant d'une succession. Après le décès d'un propriétaire d'immeubles ou de droits hypothécaires, tout intéressé peut déposer l'acte de décès au bureau des hypothèques. Dès ce moment aucune inscription ne peut être prise, et sur le sommaire hypothécaire

on inscrit ces mots : *la procédure successorale est ouverte.* L'héritier qui se présente dépose au bureau des hypothèques les preuves constatant ses droits à la succession. L'ouverture de la succession est publiée officiellement dans les feuilles publiques, et est renouvelée tous les trois mois pendant le délai d'une année. Les créanciers, les légataires et tous ceux qui prétendent avoir un droit sur la succession doivent, avant l'échéance du terme, énoncer leurs droits sur le registre des conventions perpétuelles en y joignant leurs titres, et se présenter à l'échéance du terme en personne ou par fondés de pouvoirs. L'inscription est faite conformément à la demande des parties qui se sont présentées. S'il y a contestation, le tribunal décide. Le conservateur rédige, d'accord avec les parties, un projet de résumé qui est examiné par l'autorité foncière. Toutefois, tant que les biens n'ont pas été aliénés ou grevés au profit d'un tiers de bonne foi, l'héritier contestant, les légataires et les créanciers peuvent encore se présenter et poursuivre leurs droits contre l'héritier inscrit.

La loi de 1818 est complétée par la loi sur les priviléges et hypothèques du 6 avril 1825. Sont privilégiés sur la généralité des biens meubles et immeubles, pour être payés par préférence à toute créance non garantie par une *hypothèque spéciale :*

1° Les frais funéraires non excessifs;

2° Les frais de scellés et d'inventaire;

3° Les frais de dernière maladie;

4° Les salaires des gens de service pour l'année échue et l'année courante;

5° Les fournitures d'aliments faites au débiteur et à sa famille pendant les six derniers mois;

6° Les créances des mineurs et interdits;

7° Les créances de la femme contre son mari;

8° Les contributions, redevances générales et dîmes dues au trésor public, aux établissements publics, aux églises, aux villes et à la compagnie d'assurance contre l'incendie; les créances résultant de la responsabilité à laquelle sont soumis les receveurs et tous les comptables publics.

Une procédure abrégée et peu coûteuse est établie pour les immeubles de peu de valeur.

La loi polonaise, on le voit, tout en apportant des modifications importantes au système prussien, en reproduit les règles

fondamentales. Les principes de la publicité et de la spécialité y sont inscrits en traits profonds. La nécessité de rendre publique toute aliénation d'immeubles par la transcription du titre, la division des registres fonciers en plusieurs parties distinctes, la vérification des titres par l'autorité foncière avant leur transcription, le droit de prénotation, l'hypothèque légale subordonnée à la condition de l'inscription préalable, l'hypothèque judiciaire restreinte aux jugements définitifs, l'affranchissement des inscriptions de la formalité de renouvellement, l'abrogation de la faculté de la purge accordée à l'acquéreur : telles sont les règles ou les innovations qui donnent à la loi polonaise un cachet de perfection incontestable. Il est impossible de nier qu'elle n'ait réussi, comme la loi prussienne, à asseoir le crédit foncier sur les bases les plus solides. Aussi, à l'inverse de ce que nous rencontrons encore aujourd'hui en France, le taux normal du crédit foncier est descendu en Prusse et en Pologne bien au-dessous du taux du crédit commercial : il ne dépasse guère 5 p. 100. Depuis plus d'un demi-siècle, les sociétés de crédit foncier fonctionnent dans ces deux pays avec un succès que les crises les plus redoutables n'ont pu ébranler. Mais créées surtout en vue de la *grande* propriété, ces lois que nous venons d'analyser, avec leurs combinaisons savantes, sauraient-elles s'appliquer à la petite propriété, à la propriété *morcelée?* Le législateur polonais lui-même a manifesté des doutes à cet égard, en promettant une procédure abrégée pour les immeubles de peu de valeur. BERGSON.

BIBLIOGRAPHIE.

LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC DE L'EUROPE;

Par A. G. Heffter, conseiller à la Cour suprême de justice et professeur à l'Université de Berlin; traduit, avec l'agrément de l'auteur, sur la 3e édition de l'original allemand, et augmenté d'un tableau politique de l'Europe, des nouveaux traités et de la jurisprudence française, par Jules Bergson, docteur en droit. — Paris, 1857; Cotillon, éditeur. 1 vol. in-8. Prix: 12 fr. 50 c.

Compte rendu par M. de Valroger, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Rome appelait droit des nations, *jus gentium*, ce droit commun des peuples auquel convient mieux la dénomination de droit naturel. C'est donc en détournant ces mots de leur acception première qu'on s'en est servi pour exprimer le droit qui règle les rapports des peuples entre eux. Au XVIe siècle, un publiciste allemand [1] l'avait appelé droit entre les nations, *jus inter gentes*. Les habitudes résistaient; l'expression *droit international* a fini par prévaloir dans la science.

Il peut exister entre diverses nations des traités qui règlent leurs rapports réciproques; ces traités forment un droit international positif fondé sur la convention. Mais n'y a-t-il entre les peuples d'autres devoirs et d'autres droits que ceux que la convention a consacrés? La conscience humaine a depuis longtemps proclamé qu'il existe pour les nations, comme pour les individus, un droit naturel. La force peut s'en faire un jeu : mais ne se joue-t-elle pas aussi des traités? Fondé sur la conscience commune de l'humanité, ce droit naturel se développe et s'élargit avec elle; ses principes pénètrent de plus en plus par les traités dans le droit positif.

La science du droit international se compose ainsi de deux aspects dont l'un complète et corrige l'autre. Le publiciste voué à cette étude doit enregistrer avec soin les solutions que les traités ont données aux questions que fait naître le rapprochement des peuples; mais en les constatant, il les juge à la lumière de principes supérieurs. Les divers esprits, selon leur

[1] Zocuh., *Jus feciale*, 1560.

tournure, sont plus attirés vers une de ces faces du droit international ou vers l'autre : presque exclusivement positif pour les uns, il tend, pour les autres, à devenir purement spéculatif. La vraie science du droit international ne peut être constituée qu'en tenant une juste balance entre ces deux dispositions, en alliant dans une exacte mesure ces deux esprits, et appelant la politique expérimentale à contrôler les données de la spéculation.

C'est ce que comprit le fondateur de la science, Grotius. Tout en déférant chaque question au tribunal de la raison, il interrogeait l'histoire, les orateurs, les poëtes, pour découvrir de quelle manière elle avait été résolue : cherchant partout, dans les faits, la justification de ses principes ou l'éclaircissement de ses doutes. Mais il ne tint pas assez compte des temps et des lieux, et des progrès accomplis par le christianisme, par la chevalerie, par la civilisation. Sa vue s'enferma en général dans l'antiquité, et il négligea ou du moins ne mit pas suffisamment à profit ce riche fonds d'observations que fournissent les traités modernes. Recueillis avec soin par Leibnitz, par Dumont et Barbeyrac, par Martens, ils donnent aujourd'hui des bases plus solides à la science du droit des gens.

La France n'a encore produit sur cette branche du droit aucun ouvrage qui ait obtenu un succès aussi universel que quelques livres publiés à l'étranger. C'est une raison pour nous approprier ceux-ci. M. Wheaton a traduit lui-même dans notre langue les deux ouvrages qu'il avait composés en Amérique [1]. Voici M. Bergson qui nous donne un traité renommé d'un professeur d'outre-Rhin. L'Allemagne est comme la terre classique de la diplomatie : depuis Leibnitz jusqu'à de Martens et Kluber, elle a compté une foule de publicistes voués à cette étude. Un rang des plus honorables a été pris parmi eux par M. Heffter, qui professe le droit des gens à l'université de Berlin. Son traité de droit international a obtenu en Allemagne une estime attestée par plusieurs éditions. Il méritait bien de franchir le Rhin et d'être présenté aux lecteurs français. Aussi, au moment même où M. Bergson en préparait la traduction, un travail semblable occupait M. Ch. Vergé, qui, avec une délicatesse honorable, a

[1] *Histoire des progrès du droit des gens en Europe et en Amérique depuis la paix de Westphalie jusqu'à nos jours*, 1826. — *Éléments du droit international*, 1848.

cédé la place à M. Bergson. Il y a là un indice de la grande valeur de l'ouvrage et de la réputation méritée dont il jouit chez nos voisins. On n'y trouve pas toujours cette précision lumineuse qui est le trait distinctif de l'esprit français; mais à chaque page on reconnaît cette profondeur et cette science qui sont les mérites de l'esprit allemand. La traduction de M. Bergson est faite avec beaucoup de soin et une parfaite intelligence de la matière. Loin d'avoir perdu en passant par ses mains, l'ouvrage de M. Heffter s'est enrichi de notes et additions utiles sur les nouveaux traités et la jurisprudence française.

Le moment de cette publication était bien choisi. M. Bergson a pu placer en tête du livre les lignes suivantes, que nous aimons à reproduire :

« L'année qui vient d'expirer est venue ajouter une belle page aux annales du droit maritime. La guerre sur mer était restée sauvage et barbare. Les vieilles lois maritimes avaient survécu dans leur négation du droit de propriété privée. La France, qui la première a donné l'exemple du respect dû aux droits des peuples neutres si longtemps méconnus, qui, pendant tout le XVIIIe siècle, a persisté dans la voie de la justice et de l'équité où elle était entrée la première, est parvenue enfin à faire inscrire dans le Code des nations les principes formulés dans ses déclarations officielles comme dans ses décrets les plus célèbres. En faisant le sacrifice de la course, dans laquelle elle était sans rivale, elle a acquis incontestablement un titre à la reconnaissance des peuples. Déjà l'Europe presque tout entière a adhéré aux nouvelles règles maritimes consacrées dans la déclaration du 15 avril. Il ne reste qu'un pas à franchir pour faire disparaître des lois internationales les derniers vestiges d'une coutume barbare, et pour faire respecter la propriété sur mer comme elle l'est sur terre.

» Il y a une autre propriété qui, dans ces dernières années, a obtenu une consécration solennelle. Le décret du 28 mars 1852, en prohibant d'une manière absolue la contrefaçon, sur le territoire français, d'ouvrages publiés à l'étranger, forme, pour la France, un second titre à la reconnaissance des peuples. Dix-sept conventions conclues avec les principaux États limitrophes ont déjà répondu à cette belle manifestation. La contrefaçon, cette industrie interlope qui naguère encore s'exerçait ouvertement aux portes mêmes de la France, à la honte

du XIXe siècle, a enfin cessé d'exister. La propriété de la pensée, la plus légitime peut-être, sera désormais respectée entre les nations. »

Nous nous associons vivement aux sentiments que M. Bergson a exprimés. Comment ne pas être heureux de si grands progrès accomplis dans les relations internationales? Comment ne pas en être fier quand c'est de la France qu'en part l'initiative glorieuse? L. DE VALROGER.

DES SOCIÉTÉS EN COMMANDITE PAR ACTIONS;

COMMENTAIRE DE LA LOI DU 17 JUILLET 1856, pouvant servir de guide pratique pour la rédaction des actes de société, la composition et la tenue des assemblées générales, etc.; par M. VAVASSEUR, avocat à la Cour impériale de Paris (ancien principal clerc de notaire à Paris). — Paris, Cosse et Marchal, imprimeurs-éditeurs, place Dauphine, 27. — 1856.

Compte rendu par M. Émile JAY, avocat à la Cour impériale de Paris.

L'intérêt de la loi du 17 juillet 1856 ne se mesure pas au nombre de ses articles, mais à celui de ses applications, et pardessus tout à la gravité de ses conséquences. Cette loi a établi, dans l'ordre civil et dans l'ordre pénal, des sanctions d'une grande sévérité et qui donnent une extrême importance à l'observation stricte de ses prescriptions.

Ces sanctions sont l'un des côtés principaux par lesquels la loi innove sur le régime antérieur. Ce n'est point, en effet, dans la responsabilité des conseils de surveillance réglementée et non créée, comme le dit fort bien M. Vavasseur, par la loi du 17 juillet 1856; ce n'est point là qu'il faut chercher l'originalité de cette loi. Elle se trouve, d'une part, dans les articles 1, 2 et 3 qui fixent le minimum du taux des actions, exigent qu'elles soient nominatives jusqu'à leur entière libération, en déclarant tous les escompteurs responsables, et enfin ne permettent la constitution de la société qu'après le versement du quart du capital social. Elle se trouve, d'autre part, dans ce que M. Vavasseur appelle *l'inflexible et routinière nullité de l'article* 6.

Dans tous les cas, cette nullité existe. Dès lors, il est nécessaire de bien se rendre compte de toutes les formules exigées

par la loi du 17 juillet, et de parvenir ainsi à la certitude de n'en omettre aucune. L'ouvrage de M. Vavasseur nous paraît, à ce point de vue, d'une utilité pratique toute spéciale. L'auteur, principal clerc de notaire avant de s'attacher exclusivement au barreau, a abordé le commentaire de la loi avec une expérience personnelle des plus précieuses, et qui lui a permis de reconnaître avec une parfaite exactitude les dangers que cette loi présente dans ses applications.

« J'ai voulu, nous dit-il, adopter une méthode commode aux rédacteurs de statuts sociaux; on sait, en effet, que ces statuts sont toujours rédigés en articles, groupés sous un certain nombre de titres, tels que : *Constitution de la société*, *Des apports*, etc. Ce sont précisément ces titres qui se retrouvent dans mon travail; en sorte qu'il suffira presque toujours d'avoir sous les yeux, en rédigeant, la table-sommaire des matières qui est en tête du volume, pour être assuré de l'observation de toutes les prescriptions légales [1]. »

Ce plan et cette méthode dont nous apprécions l'utilité ne sont pas le seul ni le plus grand mérite spécial du travail de M. Vavasseur. Nous le trouvons surtout excellent par le talent pratique avec lequel il a su discerner et combler les lacunes vraiment considérables de la loi du 17 juillet 1856. Le moyen qu'indique M. Vavasseur, et qui est fort simple, ce sont les statuts sociaux. Il dit à leurs rédacteurs quelles sont les clauses que l'économie de la loi rend nécessaires pour éviter certains écueils ou acquérir des libertés utiles à la marche de la société.

Nous prendrons pour exemple la manière dont il résout une question fort importante, celle de l'émission des actions par séries. Ces sortes d'émissions avaient fini par devenir un des modes habituels de tromperie et de fraude. Une seconde était le moyen d'attirer les capitalistes que la première n'avait pas suffisamment fascinés, mais qui, la croyant désormais couverte et voyant là le signe du succès, se laissaient entraîner. C'était l'abus, mais à côté il y avait l'usage. Il est facile de comprendre qu'une société qui se fonde, tout en n'ayant besoin pour s'établir, marcher et faire des bénéfices, que d'un capital minime, prévoie cependant le développement de ses opérations. Voilà le but légitime auquel répondait le procédé des émissions par sé-

[1] P. IV.

ries qui semble à M. Vavasseur désormais interdit par l'article 1er de la loi du 17 juillet; et alors il indique aux fondateurs de la société deux voies pour satisfaire aux justes exigences de la situation.

« Si l'on veut éviter, dit-il, de recourir à une augmention de capital, c'est de le fixer largement dès le commencement; la loi demande le versement immédiat d'un quart seulement des actions; que les trois autres quarts soient divisés en fractions exigibles soit à des époques périodiques, soit même lors des besoins de la société, on arrivera ainsi au même résultat que par des émissions d'actions nouvelles; et si la totalité ne devenait pas nécessaire, les actions pourraient être libérées par anticipation, même au-dessous du taux minimum fixé par la loi [1]. »

Ce mode peut présenter de graves inconvénients, suivant les circonstances; une société se créant avec un capital élevé risque de ne pas arriver au chiffre de souscripteurs et de versements exigés par la loi pour qu'elle puisse se constituer d'une manière régulière et définitive (art. 1er).

M. Vavasseur ouvre alors la voie suivante :

« Des statuts prévoyants pourraient sauver la société de cette crise en autorisant une augmentation du capital social qu'il serait juste de réserver par préférence aux actionnaires. Cette augmentation serait votée en assemblée générale, et la majorité ferait loi dans la circonstance [2].

» Dira-t-on que ce serait une infraction à l'article 1er, qui exige la souscription de tout le capital dès l'origine? Que ce serait un moyen détourné d'émettre de nouvelles séries d'actions après la constitution de la société?..... Ah! sans doute, s'il y avait combinaison frauduleuse d'un capital primitif intentionnellement amoindri, avec cette réserve d'augmentations ultérieures, il y aurait violation de l'esprit de la loi..... Mais si les choses se sont loyalement passées, la stipulation sera valable et la société maintenue [3]. »

Il est certaines questions dans la solution desquelles nous croyons que M. Vavasseur s'est trop laissé dominer par le texte

[1] P. 15.

[2] Si les statuts ne prévoyaient pas le cas, s'agissant d'un changement dans la société, il faudrait le consentement *de tous* les actionnaires.

[3] P. 15.

de la loi. Il exprime lui-même le regret de les adopter. Nous citerons notamment la prohibition qui lui paraît résulter de l'article 4 contre toute transaction entre le gérant ou un associé, et l'assemblée qui vérifie son apport et statue sur les avantages particuliers qu'il s'est réservés. D'après M. Vavasseur, cet article ne laisserait pas de milieu entre une approbation et un rejet. La majorité de l'assemblée n'aurait pas compétence pour accepter une diminution. Cela nous semble bien rigoureux. Les statuts sociaux pourront, au reste, ainsi qu'il le fait remarquer, prévoir ce cas et le résoudre.

D'excellentes tables et la reproduction des documents les plus importants relatifs à la loi du 17 juillet complètent l'ouvrage de M. Vavasseur. A l'heureuse disposition des matières, à la clarté de la méthode, l'auteur a joint encore le mérite du style. — Nous lui sommes reconnaissant pour notre part d'un ouvrage aussi commode et d'une aussi incontestable utilité pratique.

ÉMILE JAY.

TABLE DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

Pages.

Acceptation de succession. V. Communauté conjugale.
Actions en réduction. V. Succession.
Administration de la justice. V. Justice civile.
Appel, jugement par défaut, délai. 87
— V. Procédure criminelle.
Ascendants et descendants. V. Vol.
Assises, arrêt de renvoi. V. Procédure criminelle.
Assurances militaires. — Exonération, substitution de numéros. . . . 97
Bibliographie. — Considérations sur l'enseignement du droit administratif, par M. Jules Mallein. 369
— Revue critique de législation et de jurisprudence allemandes. 373
— Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon, par MM. Anthoine de Saint-Joseph. 468
— Commentaire des priviléges et hypothèques, par M. Paul Pont. 474
— Le Droit International public de l'Europe, traduit de A.° G. Heffter, par M. Bergson. 562
— Des Sociétés en commandite par actions, par M. Vavasseur.. 565
Biens communaux, section de communes, changement du mode de jouissance. 199
Bordereau. V. Hypothèque, inscription hypothécaire.
Chambre d'accusation. V. Procédure criminelle.
Chemins. V. Droit public.
Chronique.— Sujets de prix proposés par l'Académie pour l'année 1859. 384
Codes étrangers. V. Bibliographie.
Codification. — De la lettre des lois. 159
Commissaires-priseurs. V. Ventes publiques.
Communauté conjugale. — Du droit qui appartient au mari sous le régime de la communauté, relativement à l'acceptation des successions échues à sa femme. 248
Compétence. — Dans quelle mesure les conventions postales peuvent-elles modifier le principe de la juridiction territoriale quant au délit d'immixtion dans le service des postes? 65
Conseils de révision, compétence, validité des traités. 105

Pages

Conservateur. V. Inscription hypothécaire.
Contrainte administrative. — Le prix de la pension d'un élève à l'école d'Alfort peut-il être réclamé par voie de contrainte administrative? 193
Contribution personnelle et mobilière. V. Hospices.
Conventions matrimoniales. V. Régime matrimonial.
Créances de l'État. V. Contrainte administrative.
Date certaine. V. Titres.
Délais. V. Justice civile.
Désaveu. V. Paternité.
Donation entre époux. — L'enfant du second lit du donateur révoque-t-il les donations de biens présents par lui faites en mariage à sa première épouse morte sans enfants? 385
Droit administratif. V. Bibliographie.
Droit public. — Des chemins. 452
— Des chemins communaux. 455
— Des chemins d'exploitation. 457
— Des chemins de servitude. 463
— Des chemins d'enclave. 465
— Des passages de tolérance. 466
Duel. — Rapport sur le duel préparé en 1851 pour être soumis à l'Assemblée nationale législative, au nom d'une commission spéciale. 414
— Une loi répressive du duel est-elle conforme à la justice? 421
— Une loi répressive du duel est-elle opportune? 430
— Quelle doit être la répression du duel? 437
Écoles spéciales. V. Contrainte administrative.
Enfants naturels, réserve. 78
— V. Tutelle.
Enseignement. V. Bibliographie.
Époux. V. Vol.
Exceptions. V. Procédure criminelle.
Filiation naturelle, possession d'État. 29
Garantie. — De la nature de l'obligation de garantie en droit romain et en droit français, sa divisibilité ou son indivisibilité. . . . . 318 et 498
Hospices. — Les sœurs chargées du service d'un hospice sont-elles assujetties à la contribution personnelle et mobilière à raison des logements qu'elles y occupent? 122
Hypothèque. — Le conservateur peut-il, en opérant la radiation sur la réquisition du créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme, réserver l'effet de l'hypothèque en faveur de celle-ci? 22
Hypothèque légale. — De la publicité des subrogations dans l'hypothèque légale de la femme. 2
Inscription hypothécaire. — Le conservateur peut-il, lorsque le créancier requiert en même temps l'inscription d'une hypothèque conventionnelle et de la subrogation à l'hypothèque légale, diviser le bordereau et formuler deux inscriptions distinctes? 15
Intérêt. V. Usure.
Jouissance. V. Biens communaux.
Jugement de défaut. V. Appel.

Pages.
Jugement interlocutoire, péremption. 118
Juridiction territoriale. V. Compétence.
Justice civile. — Études sur l'administration de la justice. — Délais. Abréviation. 265
Justice maritime. V. Lois criminelles.
Lois allemandes. V. Transcription.
Lois criminelles. — Études sur la révision des lois criminelles de la marine. 520
— Organisation de la justice maritime. 522
— Organisation ancienne. 522
— Organisation intermédiaire. 530
Notaires. V. Ventes publiques.
Obligation de garantie. V. Garantie.
Paternité. — Du désaveu de paternité en cas de séparation de corps. . . 308
Postes. V. Compétence.
Priviléges et hypothèques. V. Bibliographie.
Procédure criminelle. — Le juge d'appel en matière correctionnelle peut-il être saisi des faits qui n'ont pas été soumis au premier juge? 481
— Peut-il, dans une poursuite pour blessures faites involontairement, condamner le prévenu pour homicide involontaire, lorsque la mort a suivi les blessures dans l'intervalle du premier au second jugement? 481
— Quels sont les effets de l'arrêt de la chambre d'accusation portant renvoi aux assises sur les exceptions qui n'ont pas été proposées et que cet arrêt n'a pu juger? 489
— L'accusé de faux serment prêté en matière civile peut-il exciper, soit devant la Cour d'assises, soit devant la Cour de cassation, de ce que l'obligation civile au sujet de laquelle le serment lui a été déféré ne serait pas établie par la preuve écrite ou par un commencement de preuve? 489
Propriété, routes, propriétaire riverain.. 119
Radiation. V. Hypothèque.
Régime matrimonial. — De l'influence du régime matrimonial sur la prospérité du pays. — Des procès auxquels donnent lieu le régime dotal et le régime de la communauté. 344
Remplacement militaire, remplacé, responsabilité. 108
Réserve. V. Enfant naturel.
Retour légal. — Étude sur l'article 747 du Code Napoléon (*suite*). . . . 207
— Que le retour s'opère à titre de succession et conséquences principales. 211
Révocation. V. Donation entre époux.
Séparation de corps. V. Paternité.
Sœurs hospitalières. V. Hospices.

Pages.

Subrogation. V. Hypothèque légale.
Succession.— L'action en réduction peut-elle être intentée par l'enfant qui a renoncé à la succession? 538
Succession, femme mariée, acceptation. 248
Survenance d'enfant. V. Donation entre époux.
Titres. — De ce que les titres constitutifs d'une créance reconnue d'une femme sur son mari n'ont pas une date certaine, s'ensuit-il que la femme ne soit que créancière chirographaire vis-à-vis des autres créancier du mari ? 130
Transcription. — L'acquéreur d'un bien propre au mari ou dépendant de la communauté doit-il faire transcrire la renonciation à l'hypothèque légale résultant, à son profit, de l'intervention de la femme à l'acte de vente? 188
— De la transcription en matière hypothécaire d'après les lois allemandes. 541
Tutelle. — La tutelle de l'enfant est-elle *légale* au profit du père ou de la mère qui l'a reconnu, ou seulement *dative?* 363
Usure. — De la réforme de nos lois qui régissent le taux de l'intérêt et du délit d'usure. 443
Ventes publiques. — De la concurrence des notaires et des commissaires-priseurs pour les ventes publiques de récoltes. 39
Victor Lagier. — Nécrologie. 383
Vol. — Les soustractions entre époux et autres ascendants et descendants, prévues par l'article 380 du Code pénal, ont-elles le caractère d'un vol? 71
— L'immunité de l'article 380 s'applique-t-elle au mari qui a détourné des meubles lui appartenant et saisis à la requête de sa femme, avec cette circonstance que la garde en a été confiée à un tiers? 76

TABLE DES ARTICLES

PAR NOMS DES AUTEURS.

Pages.

BERGSON : Bibliographie. — Revue critique de législation et de jurisprudence allemandes. 373

— De la transcription en matière hypothécaire d'après les lois allemandes. 541

BERRIAT-SAINT-PRIX : Bibliographie. — Considérations sur l'enseignement du droit administratif, par M. J. Mallein. 369

BOLLAND : Question de procédure civile : jugement de défaut; délai d'appel. 87

BUFNOIR : Bibliographie. — Des priviléges et hypothèques, par M. Paul Pont. 474

COIN-DELISLE : Étude sur l'article 747 du Code Napoléon (suite). 207

Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile. . . . 385

G. DEMANTE : L'action en réduction peut-elle être intentée par l'enfant qui a renoncé à la succession?. 538

DUCHESNEAU : L'acquéreur d'un bien propre au mari ou dépendant de la communauté doit-il faire inscrire la renonciation à l'hypothèque légale résultant à son profit de l'intervention de la femme à l'acte de vente? 188

EYSSAUTIER : Nature de l'obligation de garantie. — (Premier article). . . 318

— (Deuxième article). 498

FAUSTIN HÉLIE : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière criminelle. 481

GIRARD DU VASSON : Enfant naturel, tutelle légale, tutelle dative. . . 363

GROS (Louis) : Observations sur deux arrêts relatifs à la réserve des enfants naturels. 78

GUYHO : Chronique de la chambre criminelle de la Cour de cassation. 65

JAY (Emile) : Bibliographie des sociétés en commandite par actions, par M. Vavasseur. 565

KŒNIGSWARTER : De la réforme des lois sur le taux de l'intérêt et du délit d'usure. 443

LAVIELLE : Études sur l'administration de la justice civile (suite). . . 265

LE GENTIL : De ce que les titres constitutifs de la créance reconnue d'une femme sur son mari n'ont pas une date certaine, s'ensuit-il que la femme ne soit que créancière chirographaire vis-à-vis des autres créanciers reconnus? 130

Pages.

LE MENUET : De la concurrence des notaires et des commissaires-priseurs pour les ventes publiques de récoltes, coupes de bois taillis, etc. 38

MIMEREL : Examen doctrinal de jurisprudence civile et administrative. 97

NEYREMAND : Filiation naturelle, possession d'état. 298

NICIAS GAILLARD : Bibliographie.—Concordance entre les Codes étrangers. 468

OUDIN : Études sur la révision des lois criminelles de la marine. 520

PAUL PONT : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile. . 1

PETIT : Des chemins. 452

A. QUÉNAULT : Du désaveu de paternité en cas de séparation de corps. 308

G. ROUSSET : De la lettre des lois (suite). 159

SERRIGNY : Revue de la jurisprudence du Conseil d'État. 193

J. SIMONNET : De l'influence du régime matrimonial sur la prospérité du pays. 344

V. THIRY : Du droit qui appartient au mari, sous le régime de la communauté, relativement à l'acceptation des successions échues à sa femme. 248

VALETTE : Rapport sur le duel préparé pour l'Assemblée législative en 1851. 414

DE VALROGER : Bibliographie. — Le droit international public de l'Europe. 562

Ex, E.H.R

Paris. — Imprimé par E. THUNOT et Cᵉ, rue Racine, 26.

ERRATA DE LA LIVRAISON DE NOVEMBRE.

Page 471, *ligne* 9, nous sommes de ces gens-là, *lisez* nous sommes, *nous*, de ces gens-là.
— 471, — 19, de force *et* d'adresse, *lisez* de force *ou* d'adresse.
— 471, — 20, les surprendre, *lisez* les *lui* surprendre.
— 473, — 11, nous ne nions pas que ce soit une amélioration, *lisez* nous ne nions pas que ce *ne* soit, etc.
— 480, — 23, il admettait *jure civili*, *lisez* il admettait *jure ipso*, etc.